Die Wiedereinstellungsklausel

in dogmatischer und rechtspolitischer Hinsicht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Helmut Lampe
Gerichtsreferendar aus Berlin-Steglitz

Marburg 1930

Druck von Gebrüder Hoffmann, Charlottenburg, Schillerstraße 44.

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 3. Februar 1930

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Alfred Manigk.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinen lieben Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554401_0077

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einführung in die Dogmatik der Wiedereinstellungsklausel (W. K.) 1

Erster Abschnitt.

Begriff und Entwicklung der W. K.

§ 2. Der Begriff der W. K. 4
§ 3. Die W. K. in Beziehung zum Maßregelungsverbot (M. V.) 11
§ 4. Die Entwicklung der W. K. 16

Zweiter Abschnitt.

Die Rechtsnatur der W. K. im Tarifvertrag (T. V.) und die sich aus ihr ergebenden Rechtsfolgen.

§ 5. Der tarifrechtliche Inhalt der W. K. 20
§ 6. Die W. K. im Schlichtungsverfahren 25
§ 7. Die Pflichten der T. V.-Parteien aus der W. K. 28
§ 8. Die Rechte aus der W. K., insbesondere die Rechte der Arbeitnehmer (A. N.) 32
§ 9. Einführung in die Rechtspolitik der W. K. 39

Dritter Abschnitt.

Versuche, dem A. N. einen unmittelbaren Anspruch auf Wiedereinstellung gegen seinen Arbeitgeber (A. G.) nach geltendem Recht zu verschaffen.

§ 10. Die Lösungsversuche auf Grund eines veränderten Wortlauts der W. K. 41

Seite

§ 11. Die Lösungsversuche auf Grund einer anderen Auslegung der W. K. aus tarifrechtlichen Erwägungen:
a) Die Rückwirkungslehre 43
b) Die Lehre von der sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft 53
§ 12. Die Lösungsversuche auf Grund einer anderen Auslegung der W. K. aus schuldrechtlichen Erwägungen:
a) § 826 BGB. 56
b) Die Vertretungstheorie 60
c) Der Vertrag zu Lasten Dritter 63

Vierter Abschnitt.

Versuche, dem A. N. einen unmittelbaren Anspruch auf Wiedereinstellung gegen seinen Arbeitgeber (A. G.) nach künftigem Recht zu verschaffen.

§ 13. Die Stellungnahme zum Entwurf des Arbeitstarifgesetzes 67
§ 14. Weitere Vorschläge der Wissenschaft 70
§ 15. Ein eigener Vorschlag 74

Schrifttum.

I. Lehrbücher, Kommentare, Einzelschriften.

Bringmann: Friedenspflicht und Tarifbruch, Berlin 1929.

Dersch: Die neue Schlichtungsverordnung vom 30. X. 1923, Mannheim-Berlin-Leipzig 1924.

Dersch-Fatow-Hueck-Nipperdey: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Arbeitsrecht. I. Bd.: Das kollektive Arbeitsrecht und das Arbeitsvertragsrecht. Mannheim-Berlin-Leipzig 1926 (Nipperdey Rechtspr.).

Dersch-Volkmar: Arbeitsgerichtsgesetz, 2. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1928.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 2, 18./22. Aufl., Marburg 1923.

Flatow: Betriebsrätegesetz, 12. Aufl., Berlin 1927.

Flatow-Joachim: Die Schlichtungsverordnung vom 30. X. 1923, Berlin 1924.

Goerrig: Das Arbeitsrecht in der Praxis, München-Berlin 1924, 1925, 1926.

Greis: Wesen und Umfang der Rückwirkung im Rechte des BGB., Erlanger Diss., 1914.

Hellwig: Grenzen der Rückwirkung, Gießen 1907.

Hess: Die Wiedereinstellungsklausel, Kölner Diss., 1928.

Höniger: Jahrbuch des Arbeitsrechts, Mannheim-Berlin-Leipzig 1925, 1927.

Hueck: Das Recht des Tarifvertrages, Berlin 1920 (Hueck R. T. V.).

Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 2. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1928.

— Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2, 1. bis 2. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1929.

Jacobi: Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927.

Kahn-Freund: Umfang der normativen Wirkung des Tarifvertrages und Wiedereinstellungsklausel (Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig, 15. Heft), Berlin 1928.

Kallee-Gros: Taschenbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl., Stuttgart 1927.

Kaskel: Das neue Arbeitsrecht, Berlin 1922 (Kaskel N. A. R.).

— Arbeitsrecht, 3. Aufl., Berlin 1928.

— Koalitionen und Koalitionskampfmittel, Arbeitsrechtliche Seminarvorträge I, Berlin 1925 (Kask. Koal.).

— Hauptfragen des Tarifrechts, Arbeitsrechtliche Seminarvorträge II, Berlin 1928 (Kask. Hauptfr.).

Kessler: Die deutschen Arbeitgeberverbände (Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Bd. 124), Leipzig 1907.

Kipp: Ueber Doppelwirkungen im Recht, Festschrift für Martitz, S. 211 ff., Berlin 1911.

Leonhard, Franz: Bürgerliches Recht, Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen, 2. Aufl., Berlin 1926.

Lotmar: Der Arbeitsvertrag, Bd. 1, Leipzig 1902.

Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach bürgerlichem Recht, Berlin 1907 (Manigk W. E.).

— Irrtum und Auslegung, Berlin 1918 (Manigk I. A.).

Mansfeld: Betriebsrätegesetz, Essen 1926.

Michaelsen: Die Einwirkung von Streik und Aussperrung auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses, Hamburger Diss., 1927.

Nipperdey: Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag (Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Jena, No. 1), Jena 1920 (Nipperdey K.-Zwang).

— Beiträge zum Tarifrecht, Mannheim-Berlin-Leipzig 1924 (Nipperdey Beitr.).

Oertmann: Deutsches Arbeitsvertragsrecht, Berlin 1923.

Potthoff-Jadesohn-Meisinger: Schrifttum des Arbeitsrechts, 1928 (Potthoff).

Richter, Lothar: Das Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter, Berlin 1927 (Lothar Richter).

Richter, Lutz: Grundverhältnisse des Arbeitsrechts, Berlin 1928 (Richter).
Sinzheimer: Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Leipzig 1907 Sinzheimer A. N.).
— Ein Arbeitstarifgesetz, München 1916 (Sinzheimer A. T. G.).
— Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl., Jena 1927 (Sinzheimer).
Syrup-Billerbeck: Einstellung und Entlassung von Arbeitern und Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung, 3. Aufl., Berlin 1920 (Billerbeck).

II. Zeitschriften usw.

Arbeitsrecht, Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten (A. R.).
Arbeitsrechtspraxis, Zeitschrift für Arbeitsrecht, Sozialversicherung und soziale Verwaltung (Arb. Prax.).
Blätter für Arbeitsrecht, Beilage der Deutschen Arbeitgeberzeitung (Bl. f. A. R.).
Das Gewerbegericht, Monatszeitschrift des Verbandes deutscher Gewerbegerichte (Gew. Ger.).
Gewerbe- und Kaufmannsgericht, Monatszeitschrift des Verbandes deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte (G. K. G.).
Gewerkschaftszeitung, Organ des allgemeinen deutschen Gewerkschaftsbundes, Beilage Arbeitsrecht und Arbeiterversicherung (Gew. Ztg.).
Hanseatische Gerichtszeitung, Arbeitsrecht (Hans. Ger Ztg.).
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Iher. Jahrb.).
Kartenauskunftei des Arbeitsrechts, (Kart. Ausk. d. A. R.).
Neue Arbeitsrecht-Kartei (N. A. K.).
Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (N. Z. f. A.).
Reichsarbeitsblatt, Amtsblatt des Reichsarbeitsministeriums (R. A. Bl.).
Das Schlichtungswesen, Monatszeitschrift für Schlichtung und Arbeitsrecht (Schl. Wes.).

Soziale Praxis, Zentralblatt für Sozialpolitik (Soz. Prax.).
Soziale Praxis und Archiv für Volkswohlfahrt (Soz. Prax.).
Kölnische Sozialpolitische Vierteljahresschrift (Köln. Sozialp. Vierteljahresschrift).
Zeitschrift für Gesellschaftswesen (Z. f. Ges. Wes.).
Juristische Wochenschrift (J. W.).
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand (Recht).
Die Rechtsprechung in Arbeitssachen, Grundsätzliche Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte (Rechtspr. i. A. S.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (R. G.).
Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts (R. A. G.).
Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, Verlag Bensheimer (Bensh. S.).

III. Gutachten.

Kaskel: Gutachten für den A. G.-Verband Halle vom 22. XI. 1923 über die Rechtsfolgen nach dem Streik im Mitteldeutschen Braunkohlenbergbau (Kaskel Gutachten) — unveröffentlicht.
Oertmann: Gutachten für den Arbeitgeberverband Halle vom 14. XI. 1923 über die Rechtsfolgen nach dem Streik im Mitteldeutschen Braunkohlenbergbau (Oertmann Gutachten) — unveröffentlicht.
Sinzheimer: Gutachten für den Metallarbeiterverband vom 14. IV. 1926 über den für verbindlich erklärten Schiedsspruch in der Metallindustrie für den Bezirk Westfalen: abgedruckt in Beilage No. 10 zur Betriebsrätezeitschrift für die Funktionäre der Metallindustrie 1926, S. 16 ff. (Sinzheimer Gutachten).

Hinweis: Schriftsteller, von denen nur ein Buch angeführt wurde, sind in der Abhandlung nur mit Namen bezeichnet. Im übrigen wird auf die angeführten Abkürzungen verwiesen.

Sonstige Abkürzungen.

Abhdl. = Abhandlung,
A. G. G. = Arbeitsgerichtsgesetz,
a. M. = anderer Meinung,
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch,
B. R. G. = Betriebsrätegesetz,
desgl. = desgleichen,
G. G. = Gewerbegericht,
h. M. = herrschende Meinung,
K. G. = Kammergericht,
L. G. = Landgericht,
L. A. O. = vorläufige Landarbeiterordnung,
L. Sp. = Linksspalte,
R. Sp. = Rechtsspalte,
Sp. = Spalte,
O. L. G. = Oberlandesgericht,
R. G. = Reichsgericht,
Schl. Aussch. = Schlichtungsausschuß,
Schiedsspr. = Schiedsspruch,
V. O. = Verordnung,
vergl. = vergleiche,
Z. P. O. = Zivilprozeßordnung.

§ 1. Einführung in die Dogmatik der W. K.

Unter der Wiedereinstellungsklausel (W. K.) versteht man allgemein die zwischen den Tarifvertragsparteien (T. V.-Parteien) nach Beendigung eines Arbeitskampfes (Streik, Aussperrung) in tariflichen Abkommen getroffene Vereinbarung über die Wiedereinstellung der Arbeitnehmer (A. N.) und die Wiederaufnahme der Arbeit.

Nach § 1 der Tarifvertragsverordnung (T. V. V. O.) kann nicht nur der Arbeitgeberverband (A. G.-Verband), sondern auch der einzelne Arbeitgeber (A. G.) T. V.-Partei sein. Die W. K. aber, die zwischen einem A. G. und der Betriebsvertretung seines Unternehmens oder einer Gewerkschaft zustande kommt[1], bedarf wegen ihrer Seltenheit und der sich aus ihr ergebenden klaren Rechtsfolgen[2] keiner näheren Betrachtung. Da sich Arbeitskämpfe heutzutage hauptsächlich zwischen A. G.-Verbänden und Gewerkschaften abspielen, so interessiert auch nur die nach Beendigung eines Arbeitskampfes zwischen den Verbänden abgeschlossene W. K. Die Rechtsfolgen, die sich aus ihr ergeben, hängen — im Gegensatz zu der W. K. im Haustarif — von der Frage ab, ob die W. K. zum obligatorischen oder normativen Teil des Tarifvertrages (T. V.) gehört[3]. Die nicht einheitliche Beantwortung dieser

1. Die W. K. im Haustarif im Gegensatz zu der noch zu erörternden W. K. im Verbandstarif.

2. Die schuldrechtliche Verpflichtung zur Wiedereinstellung trifft dann den einzelnen A. G. als T. V.-Partei. Trotzdem hat seltsamerweise das Reichsarbeitsgericht (R. A. G.) in einer Entscheidung vom 10. VII. 1929: Bensh. S. Bd. 6, I, S. 517 dem A. N. den Anspruch auf Wiedereinstellung versagt. Diese Fehlentscheidung beruht auf einer Verwechslung mit der W. K. aus einem Verbandstarif. So auch Nipperdey: Bensh. S. Bd. 6, I, S. 523.

3. Vgl. S. 23/24 d. Abhdl.

Frage führt zu einer verschiedenen Beurteilung der Rechtslage für den einzelnen A. N.

Ein allgemeines Recht des entlassenen A. N. auf Wiedereinstellung in den Betrieb seines A. G. gibt es nicht. Der Gesetzgeber hat jedoch in einigen Fällen aus sozial- und wirtschaftspolitischen Gründen **ausnahmsweise** dem A. G. die Pflicht zur Wiedereinstellung seiner früheren A. N. auferlegt und dem einzelnen A. N. auf Grund dieser Verpflichtung einen unmittelbaren privatrechtlichen Anspruch auf Wiedereinstellung zuerkannt[4]. Dieser gesetzliche Zwang[5] zum Wiederabschluß von Arbeitsverträgen (A. V.) seitens der A. G. findet sich einmal in der Verordnung über die Einstellung und Entlassung von Arbeitern und Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung vom 12. II. 1920 (RGBl. S. 218)[6] und sodann in dem Gesetz über die Wiedereinstellung und Kündigung in Teilen des Reichsgebiets vom 17. VII. 1923 (RGBl. S. 648)[7]. Wie der Inhalt dieser gesetzlichen Vorschriften erkennen läßt, war ihre Wirkung nur von vorübergehender Tragweite. In den einzelnen Bestimmungen waren die Pflichten des A. G. und die Rechte der A. N. zeitlich genau begrenzt[8], so daß sie nach geraumer Zeit gegenstandslos werden. Man darf daher aus ihnen kein **allgemeines** Recht auf Wiedereinstellung herleiten.

Ein weiteres Recht auf Wiedereinstellung ist für eine besondere Gruppe von A. N. im § 13 Abs. 3 des Schwerbeschädigten-

4. Kaskel N. A. R. S. 53 54; Billerbeck S. 40 Anm. 2, S. 58 Anm. 14; Nipperdey K.-Zwang S. 80 in Verb. mit S. 113 116.

5. So mit Recht Nipperdey, K.-Zwang S. 80. A. M. Kaskel N. A. R. S. 104 A., der in dieser Verpflichtung eine privatrechtliche, in Nachwirkung des früheren A. V. bestehende Vertragspflicht erblickt. Ueber die Nachwirkung des A. V. vergl. S. der Abhandlung.

6. Siehe die §§ 3, 5, 6, 8, 9 der gen. V. O., die eine Verschmelzung und Neufassung der V. O. vom 4. und 24. I. 1919 sowie mehrfacher Novellen darstellt. Näheres bei Kaskel N. A. R. S. 53.

7. Vergl. die §§ 2, 4 und 8 dieses Gesetzes.

8. Die Verwirklichung des Anspruchs auf Wiedereinstellung konnte der A. N. nur in einem besonderen Schlichtungsverfahren vor dem Schlichtungsausschuß erzwingen. Kaskel N. A. R. S. 62; Billerbeck a. a. O. (cf. Anm. 4.).

gesetzes (SchwBG.)[9] zu finden. Diese sozialpolitisch bisher einzig dastehende Bestimmung lautet:

> „Schwerbeschädigte, denen lediglich aus Anlaß eines Streiks oder einer Aussperrung fristlos gekündigt worden ist sind nach Beendigung des Streiks oder der Aussperrung wiedereinzustellen."

Der klare und eindeutige Wortlaut des Gesetzes läßt erkennen, daß diese Vergünstigung den Schwerbeschädigten lediglich aus Anlaß eines Arbeitskampfes zuteil werden soll. Damit wird ihnen nach dem Willen des Gesetzgebers im Arbeitskampf ein unvermeidlicher Konflikt zwischen ihrem Interesse an der Erhaltung des Arbeitsplatzes und dem der Kameraden (Solidarität) erspart[10]. Nur aus diesem Grunde und aus Rücksicht auf die Gebrechen der Schwerbeschädigten räumt das Gesetz diesen nach Beendigung von Arbeitskämpfen ein unmittelbares Recht auf Wiedereinstellung ein[11]. Es läßt sich daher aus dieser sozialpolitisch wichtigen Bestimmung für die übrigen A. N. ebenfalls kein Recht auf Wiedereinstellung herleiten.

Die Gewerkschaften versuchen deshalb bei Beendigung von Arbeitskämpfen eine dem § 13 Abs. 3 SchwBG. entsprechende Vereinbarung bei dem A. G.-Verband für alle A. N. vertraglich zu erreichen. Aus diesem Grunde dringen sie bei den A. G.-Verbänden auf Abschluß einer W. K. Die Frage, ob mit Abschluß einer solchen Klausel dem einzelnen A. N. ein unmittelbares Recht auf Wiedereinstellung tatsächlich verschafft wird, wird im folgenden unter Berücksichtigung wichtiger tariflicher Grundfragen erörtert werden.

Zum Schluß sei nur noch kurz auf eine andere Veranlassung zur Wiedereinstellung hingewiesen. Wenn der A. N. mangels Arbeit infolge eines Naturereignisses, z. B. Frost, entlassen worden

9. Genauer Wortlaut: Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter in der Fassung vom 12. I. 1923/16. VII. 1927.

10. Lothar Richter S. 100; Graeffner N. A. K.: Karte Schwerbeschädigtenrecht, Folge vom 1. I. 1928 Nr. 10.

11. Dieses Recht ist aber kein Freibrief, wonach ihnen im Arbeitskampf schlechthin alles erlaubt ist. So mit Recht Potthoff A. R. 1926 Sp. 804.

ist, so enthält der T. V. des öfteren die Bestimmung, daß die A. N. nach Fortfall des früheren Entlassungsgrundes wiedereinzustellen sind[12]. Diese Vereinbarung bezweckt zwar den gleichen rechtlichen Erfolg, fällt aber nicht unter den Begriff der W. K. weil ihr ein völlig anderer Sachverhalt zugrunde liegt.

I. Abschnitt.

Begriff und Entwicklung der W. K.

§ 2. Der Begriff der W. K.

Bei genauer Umschreibung des Begriffes der W. K. ist von der vorausgeschickten allgemeinen Begriffsbestimmung auszugehen. Die Bezeichnung „Wiedereinstellung" gibt schon äußerlich zu erkennen, daß der Arbeitsfrieden durch den Wiederabschluß von A. V. herbeigeführt werden soll. Diese sind aber nur dann wiederabzuschließen, wenn die früheren erloschen sind. Die Voraussetzung einer vertraglich zu vereinbarenden Wiedereinstellung ist daher der infolge des Arbeitskampfes wegen fristloser Entlassung oder Ablauf von Kündigungsfristen eingetretene vertragslose Zustand zwischen A. G. und A. N.

Vielfach legt die Literatur[13] der W. K. noch den Tatbestand zugrunde, daß die A. V. ohne Kündigung bestehen oder während des Arbeitskampfes zwar gekündigt sind, aber noch laufen. Bei dieser Sachlage bedarf es jedoch keiner Wiedereinstellung von A. N. Es handelt sich vielmehr um eine Zurücknahme von Kündigungen oder um die Fortsetzung des während des Arbeitskampfes ruhenden Arbeitsverhältnisses. Die W. K.

12. Siehe R. A. G. vom 13. III. 1929 i. Bd. 3 S. 255, 302 ff., R. A. Bl. 1929 I S. 109, Arb. Prax. 1929, S. 113; Bensh. S. Bd. 5, S. 435/36.

13. Kahn-Freund S. 80; Sinzheimer S. 257; Bogs Kask. Haupttr. S. 112 Mitte; Priebe: Schl. Wes. 1924, S. 186, L. Sp., I, 1.

wird hierbei in einem anderen als ihrem ursprünglichen Sinne gebraucht und muß zu einer anderen Begriffsbestimmung führen, anderenfalls wäre die Festlegung einer Wiedereinstellungspflicht unverständlich[14].

Auf Grund einer vereinbarten W. K. sollen die A. G. mit den sich wieder zur Arbeit Meldenden neue A. V. abschließen. Mit dem Abschluß dieser Verträge verpflichten sich die A. N., zu einem festgesetzten Zeitpunkt die Arbeit wieder aufzunehmen, während die A. G. wieder mit den Zahlungen für die geleistete Arbeit beginnen.

Die Arbeitswiederaufnahmepflicht der A. N. ist also das Korrelat der Wiedereinstellungspflicht der A. G. Erstere wird daher oft in der W. K. auf Verlangen der A. G. festgelegt, besonders nach beendigten Arbeitskämpfen in Spezialbranchen[15]. Gerade die Facharbeiter[16] sind bei der Wiedereröffnung der Betriebe zum Teil unersetzlich; ehe sie die Arbeit nicht wiederaufnehmen, kommt der ganze Betrieb nicht in Gang.

Geht die Gewerkschaft als Sieger oder als ebenbürtiger Gegner aus dem Arbeitskampf hervor, so ist die W. K. das erste positive Ergebnis von Verhandlungen, die zwischen den T. V.-Parteien zwecks Beendigung eines Streiks oder einer Aussperrung geführt werden. Erst wenn die W. K. festgelegt ist oder die Aussicht besteht, daß die gegnerische Partei die Wiederein-

14. So mit Recht Hess S. 5.

15. So z. B. das Lohnabkommen f. d. württemberg. Holzgewerbe vom 27. VI. 1925 unter Punkt 3 und 4: „Die Arbeitswiederaufnahme erfolgt möglichst sofort und muß sich bis spätestens Donnerstag, den 2. VII. 1925, vollziehen." — „Maßregelungen finden nicht statt. Alle Arbeiter kehren an ihre Arbeitsplätze zurück und behalten ihre vertraglichen Rechte". — Beachte ferner eine protokoll. Erklärung: „Für diejenigen Betriebe, welche an der Aussperrung beteiligt waren, treten die neuen Lohnsätze erst mit der Wiederaufnahme der Arbeit in Kraft."

16. Z. B. Beim Streik in einem Elektrizitätswerk in der Straßenbahn können die Arbeiter, Fahrer, Schaffner usw. der Straßenbahngesellschaft ihrer Arbeitspflicht erst dann nachkommen, wenn wieder elektrischer Strom vom Elektrizitätswerk geliefert wird. Vergl. hierzu die interessante Teilstreikentscheidung des R. G. i. Bd. 106, S. 273 ff.

stellungsforderung der A. N.-Partei billigen wird, treffen die Parteien weitere, für den typischen T. V. nötige Abmachungen.

Das Wort „Klausel" läßt somit klar erkennen, daß eine Abrede über die Wiedereinstellung von A. N. ein Teil eines größeren Vertrages, in der Regel eines T. V., ist. In gedruckten T.-V. findet man die W. K. jedoch nicht[17], da die Bestimmung in ihr nur von vorübergehender Bedeutung oder, juristisch ausgedrückt, von vorübergehender Rechtswirkung sind. Wegen ihrer in der Wissenschaft als transitorisch bezeichneten Eigenschaft[18] ist es überflüssig, sie im T. V. selbst aufzuführen, denn mit ihrer Erfüllung ist der Zweck erreicht. Sie ist dann im Gegensatz zu den übrigen Tarifbestimmungen bedeutungslos. Die W. K. ist gewissermaßen nur die Vorbedingung, unter der der neue T. V. oder die Abänderung des alten zustandekommt. Sollte der A. G.-Verband sich nicht zur Festlegung der W. K. verstehen können, so würden die Verhandlungen hinfällig werden, es sei denn, daß der A. N.-Verband seine Forderung aufgibt oder die Schlichtungsbehörden zur Herbeiführung des Arbeitsfriedens eingreifen. Im letzteren Falle kommt es häufig zu Schiedssprüchen, die sogar vom Schlichter im Interesse der Allgemeinheit für verbindlich erklärt werden.

Die A. N.-Verbände (Gewerkschaften) setzen sich nach besten Kräften für all die Personen ein, die, um ein besseres Los für sich und ihre Arbeitskollegen zu erreichen, offen ihre Meinung äußern und dementsprechend handeln. Es ist für die Gewerkschaften „Ehrensache"[19], den oft übereifrigen Verfechtern ihrer Ansichten einen besonderen Schutz gegen Entlassungen nach beendetem Arbeitskampfe durch die W. K. zu verschaffen.

Die W. K. ist also, wenn sie vereinbart wird, ein Erfolg der A. N.-Partei. Sie ist, wie Kahn-Freund[20] richtig hervorhebt, für

17. Vergl. die im statistischen Reichsamt gesammelten T. V.

18. Von transitorischen Bestimmungen sprechen u. a. ebenfalls Hueck T. R. S. 23; Oertmann S. 66; Kandeler Kask. Koal. S. 102.

19. So auch mit Recht Erdel: Schl. Wes. 1926 S. 137 Nr. 1; vergl. ebenfalls Hess: Bl. f. A. R. 1929, Nr. 8, Sp. 2.

20. a. a. O. S. 79.

die A. N. der „Existenzpunkt", für die A. G. aber oft der „Ehrenpunkt" bei den Friedensverhandlungen. Die A. G. werden sich zur Wiedereinstellung der streikenden oder ausgesperrten A. N. nur dann verstehen, wenn sie den wirksamen Druck der Gegenpartei verspüren und voraussehen, daß ein Nachgeben in ihrem eigenen Interesse am Platze ist.

Der Wortlaut der W. K. ist nicht einheitlich. Das erklärt sich daraus, daß die Arbeitskämpfe mit verschiedener Heftigkeit geführt werden. Vielfach treten Hindernisse in erhöhtem Maße bei den Friedensverhandlungen auf und machen je nach der Sachlage umfangreichere oder weniger genaue Abreden erforderlich. Die W. K. ist, abgesehen von Nebenbestimmungen, in den meisten Fällen folgendermaßen gefaßt:

> „Die Streikenden werden wieder eingestellt. Maßregelungen aus Anlaß des Arbeitskampfes finden nicht statt"[21],

oder:

> „Die Arbeit wird am . . . wieder aufgenommen; die Arbeiter werden wieder eingestellt."[22].

Dieser Wortlaut, der selbst in umfangreicheren Klauseln den Kern der Abmachungen bildet, hat neuerdings vielfach insofern eine Veränderung erfahren, als die T. V.-Parteien von einer Verpflichtung sprechen, auf ihre Mitglieder **dahin zu wirken**, daß sie, sofern es sich um A. G. handelt, wieder einstellen, sofern sie A. N. sind, die Arbeit wieder aufnehmen[23]. Die äußerst vorsichtige Abfassung der W. K. läßt deutlich den Parteiwillen erkennen, welche Rechtsfolgen durch sie herbeigeführt werden sollen.

Will man den Begriff der W. K. einwandfrei bestimmen, so ist hierzu auch ihr Sinn und Zweck zu berücksichtigen.

---

21. Lange: Schl. Wes. 1925, S. 10, R. Sp.

22, Vergl. die Entscheidung der Schiedsstelle Halle im Arbeitskampf des Mitteldeutschen Braunkohlenbergbaues vom 31. X. 1923: Schl. Wes. 1924, S. 9, L. Sp.; Nipperdey Rechtspr. S. 68.

23. Vergl. z. B. die Vereinbarungen der T. V.-Verbände im Mitteldeutschen Braunkohlenbergbau vom 21. X. 1927: abgedruckt i. Bensh. S. Bd. 2, I, S. 53, 58, Bd. 3, I, S. 187; ferner Bensh. S. Bd. 5, I, 200.

Der Zweck der W. K. besteht in der Abwicklung eines Arbeitskampfes und in der Wiedereinstellung des Arbeitsfriedens. Man spricht daher auch von einem Friedensvertrag[24], der den gewerblichen Frieden sichern will. Dieser wird nur dann von Bestand sein, wenn die alten A. N. ihre Arbeitsstätte und damit ihre Existenz zurückerhalten und infolgedessen sich die A. G. nicht nach ihrem Belieben die A. N. aussuchen, die sie zur Wiedereröffnung ihrer Betriebe benötigen. Einer willkürlichen Auswahl der Wiedereinzustellenden und der Neueinstellung bisher noch nicht beschäftigter A. N. will die W. K. eben entgegentreten[25]. Nur diese Beschränkung[26] wollen die A. N.-Verbände den A. G. auferlegen, weil sie nach ihrer Ansicht allein zur Sicherung des Arbeitsfriedens führt, Andernfalls würden neue Zwistigkeiten entstehen können, die die Kampfstimmung schüren, nicht aber beseitigen.

Dagegen ist es nicht nötig, daß die A. N. nun wieder an ihren alten Arbeitsplatz zurückkehren müssen. Die A. G. können ihre Leute im Betriebe da einstellen, wo sie es nach ihrer Ansicht für richtig halten[27]; nur müssen die Grundsätze von Treu und Glauben gewahrt werden[28].

24. Z. B.: Nipperdey A. R. 1924, Sp. 553 54; Kallee: Kart. Ausk. d. A. R.: Karte M. V. IV b; Richter: Z. f. Ges. Wes. 1924, S. 276 L. Sp.; Michaelsen S. 69.

25. So ebenfalls Erdel: J. W. 1925, S. 1845, R. Sp. oben; Hess S. 1.

26. Es würde aber auch dem Sinn der W. K. widersprechen, wenn der A. G. sofort nach Wiedereinstellung dem A. N. ohne wichtigen Grund kündigen könnte. Wann das uneingeschränkte Kündigungsrecht stillschweigend wiederauflebt, hängt von dem jeweiligen Sachverhalt ab.

27. Ein Recht des A. N. auf Wiederbeschäftigung besteht grundsätzlich nicht. Der A. G. kann auf die Leistung des A. N. verzichten, wenn er ihm seinen Lohn zahlt. (Vergl. § 615 BGB.). Von diesem Grundsatz ist nach Treu und Glauben abzuweichen, wenn es sich um Betriebsratsmitglieder handelt. Diesen muß Gelegenheit gegeben werden, sich zur Wiederwahl zu stellen.

28. Dem § 157 BGB. ist das Mittel, die von den Parteien offen gelassene Lücke im Wege der ergänzenden Auslegung nach Treu und Glauben auszufüllen; vergl. hierzu die treffenden Ausführungen von Manigk I. A. S. 162 ff., 271 ff., insbes. S. 276.

Ja, hält es der A. G. für angebracht, seinen Betrieb infolge des Arbeitskampfes überhaupt stillzulegen und nicht wiederaufzunehmen, so kann die W. K. nach dem soeben Gesagten keine zwangsweise Wiedereröffnung des Betriebes herbeiführen. Die Stillegungsverordnung[29] findet hier keine Anwendung, weil es sich um eine Kampf- und nicht um eine wirtschaftliche Stillegung handelt[30].

Die Wiedereinstellung aller[31] Entlassenen im Sinne der W. K. ist in Ermangelung einer ausdrücklichen Einschränkung aber nur dann zu fordern, wenn die technischen Einrichtungen der Betriebe und ihre wirtschaftliche Lage es gestatten. Die Wiedereröffnung eines Betriebes braucht demnach nicht in dem gleichen Umfange zu erfolgen wie vor dem Arbeitskampfe. Die Unternehmen können durch ihn wirtschaftlich und technisch so gelitten haben, daß nur allmählich ein Betriebszweig nach dem andern durch Instandsetzungen und ähnliche Maßnahmen wieder aufgebaut wird. Es wäre bei einer derartigen Sachlage unbillig, von den A. G. mit dem Abschluß der W. K. die sofortige Wiedereinstellung **sämtlicher**[32] A. N. zu fordern[33]. Dagegen muß

29. Verordnung betr. Maßnahmen gegenüber Betriebsabbrüchen und Stillegungen vom 15. X. 1923.

30. Vergl die §§ 1, Ziff. 2, 6 der gen. V. O.; Erdel: J. W. 1925, S. 1845, R. Sp.; Boehmer: N.Z.f.A. 1929, Sp. 733/34; Höniger: N.Z.f.A. 1929, Sp. 543 ff. — a. M. Jaerisch: N. Z. f. A. 1929, S. 377 ff.

31. So der Schiedsspruch in dem Streit des Märkischen Ziegeleibesitzerbundes und dem Verband der Fabrikarbeiter Deutschlands vom 27. VI. 1928 unter Nr. 2: Bensh. S. Bd. 5, I, S. 186. Ein höchst seltener Fall!

32. Sie können infolge einer solchen Sachlage gar nicht beschäftigt werden. — Schneider: Kask. Hauptfr. S. 127 28; G. G. Bremen vom 26. VI. 1925: Goerrig Bd. 2 S. 147; Berg-G. G. Kammer Lünen vom 15. VIII. 24: Goerrig Bd. 1, S. 193.

33. So lautet z. B. der Anhang eines Tarifabkommens für die Kistenbranche vom 15. IV. 1925 wie folgt: „a) Die Arbeitswiederaufnahme erfolgt am . . . b) Die A. G. verpflichten sich, sämtliche am Streik beteiligten Mitglieder der Organisationen nach technischer Möglichkeit einzustellen.“ Desgl. der Wortlaut eines Schiedsspr. vom 14. IV. 1927: Bensh. S. Bd. 4, I, S. 127.

man vom A. G. verlangen, daß er sich in der Auswahl der zunächst wieder Einzustellenden lediglich von sachlichen Gründen leiten läßt. Hierbei sind in erster Linie die verheirateten A. N. zu berücksichtigen und politische Erwägungen auszuschalten.

Man darf auch nicht annehmen, daß mit der W. K. allen vor Beginn und während des Arbeitskampfes besonders hervorgetretenen A. N. ohne weiteres ein Generalpardon[34] gewährt wird. Das würde dem Sinn und Zweck der Klausel völlig widersprechen[35].

Es muß bei den betreffenden A. N. immer vorausgesetzt werden, daß sie mit erlaubten Mitteln[36] ihre Ansicht verfechten

34. Diese Ansicht wird von den Gewerkschaften vertreten. Ebenfalls von Sinzheimer: Kart. Ausk. d. A. R. Karte: Streik u. M. V. II. — Sie ist durchaus einseitig!

35. Kaskel S. 379 Anm. 4, S. 399 B, 1; Lange: Schl. Wes. 1925 S. 11 ff.; Schneider: Kask. Hauptfr. S. 128; Hess S. 31 f.; Michaelsen S. 69; G. K. G. Berlin vom 15. IX. 1923: Schl. Wes. 1923, S. 220; Berg-G. G. Kammer Lünen vom 18. VIII. 1924; Goerrig Bd. 1 S. 192; G. G. Leipzig vom 11. IV. 1924: Schl. Wes. 1924, S. 102; L. G. Augsburg vom 16. I. 1924:: Goerrig Bd. 2 S. 168/69; G. K. G. Berlin vom 17. XII. 1924 u. G. G. Görlitz vom 31. VII. 1925: Goerrig Bd. 2, S. 171 Nr. 11, 12, Bd. 3, S. 156; K. G. vom 3. II. 1928: Schl. Wes. 1925 S. 72 R. Sp. L. G. Dortmund Schl. Wes. 1925 S. 93 R. Sp.; R. A. G. vom 26. I. 1929: Rechtspr. i. A. S. 1929, S. 130 R. Sp. Mitte, Bensh. S. Bd. 5 I, S. 204.

36. Desgl. Oertmann: Rechtsgutachten, S. 13. Kallee: Kart. Ausk. d. A. R. Karte: M. V. IV, 2; Grote: N. A. K. Folge vom 1. IX. 27; Karte; Streik, II, M. V. Nr. 2. — A.M. L.G. Augsburg vom 12. X 1924: Goerrig Bd. 2, S. 169, als Grund zur Nichtwiedereinstellung genügt nach ihm schon die Zugehörigkeit zu einer Organisation oder besondere gewerkschaftliche Betätigung. — Völlig abwegig!

37. Sachbeschädigung, Sabotage, Nötigung, Beleidigung, Verleumdung: vorsätzliche Körperverletzung, Diebstahl, Unterschlagung Erpressung.

38. Gemeint sind also nicht nur solche Verfehlungen, die während eines A. V. einen Grund zur sofortigen Kündigung geben, sondern auch solche außerhalb der z. B. in § 123 Gew. O. (für gewerbliche A. N.) und § 82 A. B. G. (für Bergarbeiter) erschöpfend aufgeführten Gründe zur fristlosen Entlassung. Streikposten und Rädelsführer sind nur dann nicht wieder einzustellen, wenn es sich um lebensnotwendige Betriebe handelt (§ 1 Abs. 2 der Not. V. O. vom 10. XI. 1920 betr. die Stillegung von Betrieben, welche die Bevölkerung mit Gas, Wasser, Elektrizität versorgen) oder wenn sie mit den sich gestellten Zielen strafbare Handlungen verbunden haben, z. B. Nötigung, Erpressung, Tätlichkeiten gegen Arbeits-

und etwaige Kampfmaßnahmen innerhalb der gesetzlichen Schranken ausüben. So genießen alle Arbeitnehmer, die den Arbeitskampf in Widerstreit mit der Rechtsordnung führen[37], nicht den Schutz der W. K. Wer bei der Betätigung im Arbeitskampf eine strafbare Handlung[38] begangen hat, kann nie und nimmer seine Einstellung bei Friedensschluß verlangen[39]. Dadurch würde der Arbeitsfrieden, der durch die W. K. herbeigeführt werden soll, erheblich gefährdet, indem Reibungen aller Art entstehen könnten, die eine friedliche Weiterarbeit in den Betrieben verhindern. Nur die Teilnahme am Streik als solche soll nicht zur Benachteiligung der A. N. führen.

Wortlaut, Zweck und allgemeine Auslegung der W. K. führen somit zu folgender Begriffsbestimmung:

Die W. K. ist die zwischen den T. V.-Parteien zur Beendigung eines Arbeitskampfes abgeschlossene Klausel eines T. V.[40], die die Wiedereinstellung der aus Anlaß eines Arbeitskampfes fristlos oder fristgerecht entlassenen A. N. seitens der A. G. und die Wiederaufnahme der Arbeit durch die A. N. sicherstellen soll.

§ 3. Die Beziehungen der W. K. zum Maßregelungsverbot (M. V.).

Im Zusammenhang mit der W. K. wird häufig das M. V.[41] genannt. Das erklärt sich daraus, daß im Wortlaut der W. K. des öfteren die Bestimmung zu lesen ist: „Maßregelungen aus Anlaß des Arbeitskampfes finden nicht statt." Andererseits wird hin

willige. Um Reibungen jeglicher Art in den Betrieben zu vermeiden, darf den A. G. nicht zugemutet werden, mit diesen A. N. neue A. V. einzugehen; vergl. dazu § 16 L. A. O.

39. Es sei denn, daß die Wiedereinstellung sämtlicher A. N. ausdrücklich vereinbart wurde. Vergl. Anm. 31 auf S. 9.

40. Daß die W. K. in Schiedssprüchen häufig vorzufinden ist, bedarf bei der Begriffsbestimmung keiner Erwähnung, da ein Schiedsspruch, wenn er von den Parteien angenommen oder vom Schlichter für verbindlich erklärt wird, ebenfalls T. V. ist.

41. Eine nähere Definition gibt Kallee in Kart. Ausk. d. A. R., Heft 101 02 vom 24. XII. 1923, Karte: M. V.: Vorderseite linke Spalte.

und wieder nach Arbeitskämpfen nur ein M. V. vereinbart, das vielleicht anstelle der W. K. in erster Linie die Wiedereinstellung des A. N. herbeiführen soll. Diese Tatsache verleitet leicht zu der Annahme, daß beide Begriffe identisch seien. In Wirklichkeit dürfen sie aber nicht miteinander verwechselt werden[12]. Wenn auch W. K. und M. V. beide zur Erhaltung der Existenz der A. N. führen sollen, so gehen sie dabei begrifflich regelmäßig von entgegengesetzten Voraussetzungen aus. Das M. V. in der W. K. wie das M. V. allein setzen A. V. voraus und müssen deshalb im Gegensatz zur W. K. zu einem anderen Ergebnis kommen. Auf den klaren Unterschied beider Begriffe muß deshalb ausdrücklich hingewiesen werden.

Infolge des dehnbaren Begriffes der Maßregelung bezweckt das M. V. im Gegensatz zur W. K. nicht nur die Wiedereinstellung Entlassener, sondern j e d e Benachteiligung von A. N. schlechthin. Je nach der Sachlage, aus der heraus sich die Parteien zu einem M. V. entschließen, ergibt sich die genaue Umgrenzung des Begriffs. Das M. V. aus Anlaß eines Arbeitskampfes, das hier allein gegenüber der W. K. interessiert, läßt einwandfrei erkennen, daß eine Benachteiligung der A. N. wegen der Teilnahme am Arbeitskampf in k e i n e r Weise stattfinden soll. Daraus ergibt sich, daß die Nichtwiedereinstellung des fristlos Entlassenen nach dem Willen der Parteien genau so als Maßregelung betrachtet wird[13], wie die Versagung von Vergünstigungen aus früheren A. V.

Die besondere Stellung des M. V. innerhalb der W. K. würde allerdings auf Grund ihres Wortlauts zu einem anderen Ergebnis führen; denn nach Beendigung („aus Anlaß") des Arbeitskampfes bezieht sich das M. V. n u r auf die Fälle, in denen Wiedereinstellungen stattgefunden haben. Es bedeutet dann nichts ande-

12. Das haben auch Jacobi S. 197, 98 und Hess S. 5, Bl. f. A. R. 1929, Nr. 8, Sp. 3, klar erkannt.

13. Ebenso Michaelsen S. 70; Lange: Schl. Wes. 1925, S. 6; Kallee-Gros S. 509; Kaskel S. 21 Anm. 4, S. 379, Anm. 4; Hess S. 5 Bl. f. A. R., 1929, Nr. 8, Sp. 3.

res, als daß mit der Wiedereinstellung des A. N. die Teilnahme am Arbeitskampf auf den neuen A. V. ohne jegliche Wirkung ist.

Diese sich streng an den Wortlaut haltende Auslegung widerspricht zwar dem vorher dargelegten Willen der T. V.-Parteien insofern, als diese eine Nichtwiedereinstellung als Maßregelung ansehen. Für die rechtliche Beurteilung ist dieser Widerspruch unerheblich, da die Rechtsfolgen, die sich aus der Nichtwiedereinstellung ergeben, für die W. K. mit einem in ihr enthaltenen M. V. die gleichen sind, wie das für das M. V. allein. Verfehlt wäre es aber anzunehmen, daß nach dem von den Parteien gegenseitig erklärten Willen[44] M. V. und W. K. gleichbedeutende Begriffe seien[45]. Wäre dies der Fall, dann hätte sich die aus dem praktischen Leben entwickelte W. K. niemals aus dem M. V.[46] zu einem selbständigen Rechtsbegriff weiterzubilden brauchen. Ein Rechtsbegriff entwickelt sich nur da, wo ein anderer zur Erfassung von Tatsachen nicht ausreicht.

Mit der W. K. wollen die Parteien, falls die schärfste Maßregelung, nämlich fristlose Entlassungen, erfolgt ist, in erster Linie die Wiedereinstellung der A. N. und die Wiederaufnahme der Arbeit herbeigeführt wissen. Sie lassen aber offen, ob der A. N. seine innegehabte Stellung[47] wieder erhalten und im Genuß der früheren, aus dem A. V. sich ergebenden Vergünstigungen[48] bleiben soll. Diese für den A. N. nicht getroffenen, aber für ihn sehr wichtigen Abreden werden durch das in der W. K. enthaltene

---

44. Auf diesen allein kommt es ausschließlich an. Denn durch den Willen jeder Partei sollen und werden die Vorstellungen der anderen beeinflußt; vergl. hierzu die eingehenden Ausführungen von Manigk W. E. S. 150 ff., 430.

45. So u. a. anscheinend Kaskel S. 21 Anm. 4, vergl. aber S. 379 Anm. 4; Richter S. 104; Nörpel: Arb. Prax. 1929, S. 66 Anm.

46. So auch R. A. G. vom 26. I. 1929: Bensh. S. Bd. 4, I, S. 199

47. Zuweisung eines anderen, dem A. N. weniger zusagenden Arbeitsplatzes, sowie eine mögliche Rückversetzung eines Vorarbeiters in die Stellung eines gewöhnlichen A. N.

48. Urlaub, Urlaubstufe, Pensionsansprüche, Prämien, Gratifikationen, Treuprämien, keinen Vermerk im Zeugnis oder in der Arbeitsbescheinigung, § 87 Abs. 1 B. R. G.; § 2 des Gesetzes über die Fristen für die Kündigungen von Angestellten vom 9. VII. 1926 (R. G. Bl. I, S. 399).

M. V. geregelt, das mit den Worten festgelegt wird: „Maßregelungen aus Anlaß des Arbeitskampfes finden nicht statt“ oder „Das Arbeitsverhältnis gilt als nicht unterbrochen“.

Der Zweck dieses Verbots in der W. K. ist also gewöhnlich nicht der, daß bei den Wiedereinstellungen keine Ausnahmen[49] gemacht werden sollen. Vielmehr geht es über die Wiedereinstellungsverpflichtung hinaus und bestimmt unzweideutig, daß der beigelegte Arbeitskampf auf die neuen A. V. ohne Einfluß sein soll, d. h. die Stellung des A. N. die gleiche bleibe, und die Vergünstigungen aus den früheren A. V. ohne Unterbrechung weiter gelten.

Bei einem M. V., das nicht in der W. K. enthalten ist, handelt es sich dagegen nicht um fristlos entlassene A. N. Die alten A. V. bestehen noch fort, sei es, daß die überhaupt nicht gekündigt waren, sei es, daß sie wegen der Kündigungsfristen noch nicht abgelaufen sind. Für diese Fälle will das M. V. verhindern, daß der A. G. seine lästigen A. N. nach Wiederherstellung des Arbeitsfriedens entläßt oder ihnen sonstige Benachteiligungen in wirtschaftlicher Hinsicht zufügt. Deshalb wird dem A. G. untersagt, von seinem Recht auf fristlose Kündigung wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung des A. N. Gebrauch zu machen und sonstige[50] Benachteiligungen eintreten zu lassen[51].

49) A. M. Kahn-Freund S. 80. Vergl. dazu Anm. 33 auf S. 11. — Von Hess S. 5, Anm. 9, wird Jacobi S. 198 als Gegner dieser Ansicht angeführt. Das trifft jedoch nicht zu, da er nur von der Möglichkeit spricht, daß Ausnahmen betr. Wiedereinstellung nach dem M. V. verboten sein können (Abs. 2 Zeile 6: „kann“). Jacobi hat für diesen Fall Recht, wenn es sich um eine ausdrückliche Parteivereinbarung handelt.

50. Siehe Anmerkung 48.

51. R. A. G. vom 20. I. 1929: Bensh. S. Bd. 5, I, S. 203; Michaelsen S. 69. Der A. G. handelt aber dem M. V. nicht zuwider, wenn er den Anspruch der A. N. auf Reisekosten von und zu der Arbeitsstätte ablehnt. In diesem Falle handelt es sich um Kosten des von den A. N. entfachten Streiks und nicht um die Entziehung einer etwaigen Vergünstigung aus dem A. V. An dem allgem. Grundsatz, daß jede Kampfpartei die Kosten des von ihr verursachten Kampfes selbst zu tragen hat, muß festgehalten werden. So auch u. a. R. A. G. vom 28. IX. 1928 i. R. A. G. Bd. 3, S. 1 ff.,

In dem anderen Fall — die Kündigungsfrist ist noch nicht abgelaufen — wird der einen A. V.-Partei sinngemäß aufgegeben, die Kündigung im Einverständnis mit der anderen zurückzunehmen. Die Rücknahme der Kündigung und die erforderliche Zustimmung der Gegenseite müssen entgegen dem Wortlaut dieses M. V.: die Kündigungen gelten „als zurückgenommen“[52] oder „als nicht erfolgt“ durch den einzelnen A. G. und A. N. stillschweigend oder ausdrücklich geschehen, denn sie allein sind hier die A. V.-Parteien[53]. Lautet aber das M. V.: „Kündigungen aus Anlaß der Teilnahme am Arbeitskampf sind unzulässig“., dann läuft es praktisch auf eine W. K. hinaus[54], da mit der Rücknahme oder Unzulässigkeitserklärung der Kündigungen der gleiche Erfolg erzielt wird. Die A. N. arbeiten auch in diesen Fällen nach Ingangbringen der A. V. bei denselben A. G. weiter. Das veranlaßt die T. V.-Parteien, wenn sie bei den Friedensverhandlungen manchmal nicht wissen, ob die A. V. sämtlich erloschen sind, auf Verlangen der Gewerkschaften sicherheitshalber die W. K. zu vereinbaren. Sie wollen aber dann gegebenenfalls die W. K. als ein M. V. außerhalb der W. K. aufgefaßt wissen. Wenn demnach der W. K. noch ein anderer Tatbestand[55] unterschoben wird, so muß darauf hingewiesen werden, daß er in Wirklichkeit zu dem Begriff des M. V. aus Anlaß eines Arbeitskampfes gehöre.

N. Z. f. A. 1929, S. 249, Rechtspr. i. A. S. S. 60, R. Sp.; L. A. G. Leipzig vom 1. III. 1928, Bensh. S. Bd. 2, II, S. 187.

52. Hueck-Nipperdey Bd. 2, S. 81 zu Anm. 115 weist mit Recht darauf hin, daß irrtümlicherweise in der Praxis des öfteren von einer Zurücknahme der Kündigungen gesprochen wird, wenn die Kündigungsfristen bereits abgelaufen sind. Es handelt sich dann in Wahrheit um eine W. K. Die Parteien bezwecken in diesen Fällen die Erneuerung der früheren Arbeitsverhältnisse. Die Abfassung einer derartigen W. K., z. B. in Bensh. S. Bd. 2, II, S. 53, 58, Bd. 3: I, S. 187, Bd. 5, I, S. 200.

53. Desgl. Hess: Bl. f. A. A. 1929 Nr. 8, 3. Sp.

54. Vergl. Hess S. 5, Anm. 8.

55. So Kahn-Freund S. 80; Sinzheimer S. 257; Bogs: Kask. Hauptfr. S. 112 Mitte; Priebe: Schl. Wes. 1924, S. 186, L. Sp., I, 1.

§ 4. Die Entwicklung der W. K.

Die geschichtliche Entwicklung der W. K. ist mit der Geschichte des T. V., der Berufsverbände und der Arbeitskämpfe eng verbunden. Die W. K. kam neben dem M. V. erst auf, als es in Gewerbebetrieben allmählich üblich wurde, T. V. abzuschließen, und die A. N. sich durch ihr Solidaritätsgefühl gegenüber dem einzelnen A. G. für gleichberechtigt hielten und Forderungen durch Arbeitsniederlegung durchzusetzen suchten. Die Streiks, die ausbrachen, beschränkten sich zunächst auf einen einzelnen Betrieb. Die W. K. ist daher zuerst als ein Abkommen zwischen einem einzelnen A. G. und seiner Arbeiterschaft zu finden. Eine freie Einigung konnte vielfach nicht zustande kommen so daß die Gewerbegerichte als Einigungsämter, meistens auf Wunsch der einen oder anderen Partei, in Erscheinung traten und den Parteien Vergleichsvorschläge unterbreiteten, die von ihnen angenommen wurden. Das Wiedereinstellungsabkommen wurde somit in der Form des Vergleichs abgeschlossen. Es bildete einen Teil des Vergleiches, da es sich fast immer um einen Streit über Arbeitsverhältnisse handelte (Lohn, Arbeitszeit oder ähnliches)[56].

In der Literatur begegnen wir einen solchen Vergleich zum ersten Mal im Jahre 1895 bei dem Streik der Bremer Stuhlrohrarbeiter[57]. Die hier interessierenden Bestimmungen lauten im wesentlichen folgendermaßen:

„1. Der A. G. nimmt sämtliche A. N., welche am 8. VII. die Arbeit niedergelegt haben, wieder in Arbeit, und zwar besetzt er die noch freien 80 bis 85 Stellen sofort, die übrigen, in die wenig leistungsfähige Aushilfsarbeiter eingestellt waren, bis zum 1. IX.

2. Bei sofortigen Einstellungen sind die Arbeiter zu berücksichtigen, welche die Arbeiterschaft während des Ausstandes vertreten haben, ferner tunlichst ältere und verheiratete.

3. Der A. G. hat ein Lohnguthaben für drei Tage als Sicherheit unter sich. Der Lohn wird den A. N. zugewandt, die nicht

56. Lotmar S. 761.
57. Soz. Prax. Bd. 5, Sp. 169/170.

sofort eingestellt werden können. Die Verteilung erfolgt durch die Arbeiterschaft."

Eine ähnliche Abrede wurde im Zusammenhang mit dem Bremer Hafenstreik vom 2. XII. 1896 getroffen[58]. Die Lagersausgesellschaft als A. G.-Partei verpflichtete sich dadurch, die ausstehenden A. N. wieder einzustellen mit denselben Bedingungen, aber nur soweit es der Betrieb zuließ. Auch war die Einstellung fremder Arbeitskräfte besonders geregelt.

Vereinbarungen, die im wesentlichen die gleichen Bestimmungen enthalten wie die vorerwähnten, sind in der Folgezeit des öfteren zustande gekommen, so z. B.

1. Vergleich im Schmiedestreik gegen die Königsberger Waggonfabrik vom 11. VIII. 1896[59].

2. Vergleich im Stockarbeiterausstand einer Berliner Firma im Jahre 1898[60].

3. Vergleich im Streik der Arbeiter der Vereinigten Berliner Mörtelwerke vom 10. I. 1901[61].

Die Arbeitskämpfe nahmen aber sehr bald einen anderen Charakter an. Die Streiks erstreckten sich nicht mehr auf einen einzelnen Betrieb, sondern bekamen lokale Bedeutung, indem sämtliche A. N. eines Ortes gemeinsam um ihre Forderungen kämpften. Die A. G. sahen sich deshalb genötigt, sich ebenfalls zusammenzuschließen[62]. Seit dem Jahre 1899 findet man daher bei dem die Wiedereinstellungsabrede enthaltenden Tarifabkommen auf beiden Seiten Personenmehrheiten vor[63], die sich ganz allmählich zu den heutigen Berufsverbänden entwickelten.

58. Soz. Prax. Bd. 6, Sp. 278 ff.

59. Gew. Ger. Bd. 2, Sp. 24.

60. Soz. Prax. Bd. 8, Sp. 293.

61. Soz. Prax. Bd. 10, Sp. 397/98.

62. Näheres über die Entwicklung der A. G.-Verbände bei Kessler, S. 21 ff.

63. z. B. im Ausstand der Maurer Berlins vom 24. VI. 1899: Soz. Prax. Bd. 8, Sp. 1060 62, 1069/72; im Einigungsvertrag vom 30. III. 1900 im Tapezierergewerbe von Berlin: Soz. Prax. Bd. 9, Sp. 701; Vergleich zur Beilegung der Streiks der Teppich- u. Linoleumleger Berlins vom 7. IV. 1900: Soz. Prax. Bd. 9, Sp. 779.

Der Inhalt der W. K. blieb dem Sinne nach unverändert. Die notwendig in der Klausel enthaltene Arbeitswiederaufnahmepflicht[64] der A. N. wurde schon damals hervorgehoben[65]. Vom Jahre 1904 ab ist jedoch die W. K. bei der Beilegung von Arbeitskämpfen in T. V.-Abkommen nicht mehr zu finden. Die Macht der Arbeitgeber hatte sich infolge ihres Zusammenschlusses so verstärkt, daß die A. N.-Verbände infolge ihrer häufigen Niederlagen erst gar nicht die Forderung auf Wiedereinstellung stellten, denn selbst die Anrufung eines Schlichters war bei ablehnender Haltung der A. G.-Verbände zwecklos. Die Gewerkschaften ließen deshalb die Forderung auf Wiedereinstellung im Interesse aller fallen und unterstützten die Nichtwiedereingestellten solange, bis sie anderweitig Arbeit gefunden hatten.

Erst einige Jahre nach dem Kriege, und zwar seit 1923, nahm die W. K. in ungeahnter Weise an Bedeutung zu. Der Grund war in dem gewaltigen Umschwung der wirtschaftlichen Verhältnisse und vor allem in den grundlegenden Veränderungen im Tarifvertrags- und Schlichtungswesen zu erblicken. Die Gewerkschaften hatten von jetzt an die Möglichkeit — im Gegensatz zu früher — im Wege der Verbindlichkeitserklärung des Schiedsspruches die Vereinbarung einer W. K. zu erreichen, auch wenn die A. G.-Verbände sie abgelehnt hatten. Von dieser Möglichkeit machten sie aber während der Inflation keinen Gebrauch, da bei der Zähigkeit und Ausdauer der Arbeitskämpfe die Macht der Kampfparteien auf beiden Seiten gleich stark war[66]. Die A. G. stellten vielmehr in ihrem eigenen Interesse die Entlassenen freiwillig wieder ein.

Eine häufigere Festlegung der W. K. wurde erst mit dem Zusammenbruch unserer Wirtschaft und der sich anschließenden

64. „Die Arbeit wird am . . . wieder aufgenommen."

65. z. B. im Vergleich zur Beilegung des Nürnberger Schmiedestreiks vom September 1899: Gew. Ger. Bd. 5, S. 15; im Vergleich zur Beilegung des Berliner Tischlerstreiks vom März 1899: Gew. Ger. Bd. 5, Sp. 187/88; im Schiedsspruch des Bremer Dachdeckerstreiks vom Mai 1899; Gew. Ger.-Bd. 5, Sp. 189/90.

66. Vergl. Erdel: Hans Ger. Ztg. 1926, S. 7.

Rationierung erforderlich, da die A. G. sich jetzt weigerten, die A. N. wiedereinzustellen. Die Gewerkschaften sahen sich deshalb veranlaßt, die Verbindlichkeitserklärung eines die Wiedereinstellung enthaltenden Schiedsspruches beim Reichsarbeitsminister zu beantragen. Der Schlichter gab diesen Anträgen im Interesse des Wirtschaftsfriedens oft statt.

Die umfangreichste Regelung, die die W. K. bisher erfahren hat, findet sich in dem für verbindlich Schiedsspruch der Schiedsstelle Halle im Mitteldeutschen Braunkohlenbergbau vom 31. X. 1923[67]. Der Wortlaut ist folgender:

„1. Die Arbeit wird bis zum . . . wieder aufgenommen.

2. Die Arbeiter werden wiedereingestellt."

- mit folgenden beiden durchaus verständlichen Einschränkungen:

„a) soweit sie sich nicht Verfehlungen haben zuschulden kommen lassen, die gesetzwidrig sind und deshalb eine sofortige Entlassung rechtfertigen,

b) soweit nicht technische oder wirtschaftliche Verhältnisse eine Wiedereinstellung unmöglich machen."

Dann folgen noch einige Bestimmungen über Fragen, aus denen Streitigkeiten erwachsen könnten[68]. Sie enthalten Bestimmungen über eine Schiedsstelle für etwaige Streitigkeiten bei der Wiedereinstellung, über das Arbeitszeugnis[69], über die Folgen der Wiedereinstellung[70], über Neueinstellungen und schließlich über die Zulässigkeit späterer Entlassungen[71].

Die A. G. sträubten sich naturgemäß gegen die Ausführung eines für verbindlich erklärten Schiedsspruchs auf Wiedereinstellung erheblich mehr, als wenn sich ihre Verbände frei-

---

67. Abgedruckt i. Schl. Wes. 1924, S. 8 ff.

68. Vergl. Ziffer III—VII des angeführten Schiedsspruchs der Schiedsstelle Halle.

69. Falls die A. N. nicht wieder eingestellt werden können, sollen sie eine Abgangsbescheinigung erhalten, aus der man ersieht, daß nicht der Streik, sondern die Unmöglichkeit der Verwendung im Werk die Beschäftigungslosigkeit hervorgerufen hat.

70. Der Streik gilt nicht als Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses.

71. Vergl. Anm. 26 auf S. 8 d. Abhdl.

willig zur Festlegung der W. K. entschlossen. So erklärt es sich[72], daß sie versuchten, die W. K. zu umgehen, oder sich sogar weigerten, der Klausel gemäß die A. N. wieder einzustellen[73]. Auf Veranlassung der Gewerkschaften oder der betreffenden A.N. mußte dann im arbeitsgerichtlichen Verfahren jeweils über die rechtliche Tragweite der W. K. entschieden werden. Das führte dazu, daß in den letzten Jahren alle mit der W. K. zusammenhängenden Streitfragen aufgerollt wurden und die nur scheinbare Nebenbestimmung sich oft als die psychologisch und wirtschaftlich wichtigste Bestimmung des T. V. erwies[74].

II. Abschnitt.

Die Rechtsnatur der W. K. im T. V. und die sich aus ihr ergebenden Rechtsfolgen.

§ 5. Der tarifvertragliche Inhalt der W. K.

Tarifverträge bestehen für gewöhnlich aus einem normativen und einem obligatorischen Teil[75]. Mit der Feststellung[76], daß die W. K. Bestandteil eines T. V. ist, ergibt sich somit zwangsläufig die Frage, zu welchem Teil im T. V. die Klausel gehört.

72. Ebenso Erdel: Hans Ger. Ztg. 1926, S. 7.

73. Bei der Beilegung des Streiks im Mitteldeutschen Braunkohlenbergbau im Herbst 1923 handelte es sich z. B. um 6 A.G., die zusammen 545 A. N. nicht wieder einstellen wollten. (Verhandlungsniederschrift der auf Grund des Schiedsspruchs gebildeten Schiedsstelle Bitterfeld vom 13. XI. 1923 — nicht veröffentlicht! —.)

74. Die gleiche Feststellung bei Kahn-Freund S. 79. Vergl. ebenfalls Hess S. 2.

75. Jacobi S. 279 und Richter S. 101, 103 halten diese Terminologie nicht für glücklich und unterscheiden deshalb „allgemeine Arbeitsbedingungen" und „Bestimmungen für die T. V.-Parteien".

76. Siehe S. 6 d. Abhdl.

Der normative Teil führt eine unmittelbare Normierung der Arbeitsverhältnisse[77] zwischen A. G. und A. N. herbei[78]. Er ist bestimmt und fähig, Inhalt der A. V. zu werden. Nur **er** ist der T. V. V. O. unterworfen, und für **ihn** gelten die in ihr enthaltenen wichtigen drei Rechtssätze: die automatische Wirkung, die Unabdingbarkeit und die Möglichkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung.

Der obligatorische Teil umfaßt dagegen Verpflichtungen, die die T. V.-Parteien eingehen und gegenseitig zu erfüllen versprechen[79]. Er begründet im Gegensatz zum normativen Teil grundsätzlich nur subjektive Rechte und Pflichten.

Auf Grund der Festlegung und Gegenüberstellung dieser Begriffe, die im Tarifvertragsrecht fast ausnahmslos[80] anerkannt sind, ist es nicht schwer, die juristische Natur der W. K. zu erkennen.

Die W. K. kann nur obligatorisch wirken, denn bei ihrer Erfüllung kann keine unmittelbare Normierung der Arbeitsverhältnisse herbeigeführt werden. Wohl aber trifft es zu, daß Arbeitsverhältnisse auch ohne A. V. bestehen können[81]. Es geht jedoch entschieden zu weit, wenn Sinzheimer[82] nach Auflösung eines A. V. ohne weiteres eine Betriebszugehörigkeit des nicht mehr Beschäftigten bejaht und diese Betriebszugehörig-

77. Vergl. u. a. Kaskel S. 19; Dersch-Volkmar S. 118; Hueck-Nipperdey Bd. 2, § 9, vor allem S. 65; Nipperdey Beitr. S. 138.

78. Die T. V. V. O. spricht zwar von A. V. Der Gesetzgeber meint aber Arbeitsschuldverhältnisse, einerlei, ob sie aus einem A. V. (so Kaskel S. 3, § 2, I) oder einem tatsächlichen Arbeitsverhältnis entspringen, also die rechtlichen Beziehungen zwischen dem einzelnen A. G. und A. N.; vergl. dazu Hueck-Nipperdey Bd. 2, S. 58 ff.; Richter S. 63, 72; Sinzheimer S. 140 ff., S. 257, Anm. 1.

79. Kaskel S. 21; Hueck-Nipperdey Bd. 2, § 10, insbes. S. 93; Sinzheimer S. 264.

80. Auf die abweichende Meinung Jacobis S. 279 ist im Rahmen dieser Abhandlung nicht einzugehen.

81. Vergl. Anm. 78.

82. J. W. 1929, S. 1509, L. Sp. unten.

keit neuerdings zu dem nicht eindeutigen[83] Begriff „Arbeitsverhältnis“ rechnet.

Seine Meinung enthält jedoch insofern einen richtigen Kern, als mit der Auflösung eines A. V. das Arbeitsverhältnis noch nicht beendet ist[84]. Das Residuum des A. V. besteht in dem von der rechtlichen Auflösung unabhängigen Fortwirken von Rechtsbeziehungen zwischen dem einzelnen A. G. und A. N. Man spricht dann von einer sogenannten Nachwirkung des A. V. Die Nachwirkungen bestehen in einem etwaigen, dem A. N. auferlegten[85] Wettbewerbs- oder Konkurrenzverbot, in einem Recht auf Zeugniserteilung und vor allem in dem Kündigungsschutz des § 84 BRG.[86] Es wäre also falsch anzunehmen, daß die Rechtsbeziehungen zwischen den A. V.-Parteien mit dem Erlöschen des A. V. vollständig abgebrochen seien.

Bei den der W. K. zugrunde liegenden Tatbeständen treten jedoch diese Nachwirkungen tatsächlich nicht in Erscheinung. Handelt es sich um fristlose Entlassungen, so werden den A. N. ihre Papiere sofort zur Verfügung gestellt. Einen Einspruch gegen die fristlose Kündigung erheben sie nicht, denn sie wissen genau, daß beharrliche Arbeitsverweigerung Grund zur sofortigen Entlassung ist und sie auf Grund des § 84, Abs. 2 BRG. nichts erreichen werden.

Vereinbarungen, die auf ein Wettbewerbs- oder Konkurrenzverbot hinauslaufen, treffen die A. G. von Großbetrieben mit gewerblichen A. N. so gut wie nie, so daß man doch letzten Endes von einem völligen Erlöschen des A. V. und somit auch von einer Beendigung der Betriebszugehörigkeit sprechen muß.

Das Gleiche gilt für den Fall, daß die Kündigungsfristen abgelaufen sind. Hier handelt es sich um Massenkündigungen von

83. Vergl. die Ausführungen Huecks in Ihr. Jahrb. 1924, S. 358 ff.
84. Vergl. dazu Kipp S. 211, oben.
85. Gesetzlich, so bei Handlungsgehilfen (§ 74 HGB) oder vertraglich festgelegt, so nach Bedarf bei den übrigen A. N.
86. Auf Einzelheiten muß im Interesse der Einheitlichkeit der Abhandlung verzichtet werden. Es wird deshalb auf die Ausführungen von Flatow zu den §§ 84, 87 B. R. G., insb. auf S. 347/48, 370 verwiesen.

A. G. oder A. N. zwecks Aenderung der A. V., die dann meist mit Streik oder Aussperrung beantwortet werden, so daß ein Kündigungs-Einspruchsrecht der A. N. nicht in Frage kommt. Der etwaige innere Vorbehalt der A. N., nach Beendigung des Arbeitskampfes an dieselbe Arbeitsstätte zurückkehren zu wollen. ist für die Kündigungen nach § 116 BGB. unbeachtlich.[87].

Die theoretisch zu erhebenden Bedenken sind hier somit auf Grund des tatsächlichen Sachverhalts der W. K. auszuschalten. und da alle Rechtsbeziehungen zwischen A. G. und A. N. erloschen sind, ist es bei Abschluß der W. K. unmöglich, die nicht mehr bestehenden Arbeitsverhältnisse zu beeinflussen. Weil aber für das Wirken normativer Bestimmungen A. V. erforderlich sind. so kann die W. K. nicht normativ wirken.

Die W. K. ist in Wahrheit keine Inhalts-, sondern eine positive Abschlußnorm, die A. G. und A. N. aufgibt, miteinander neue A. V. abzuschließen. „Denn es soll ja durch die Statuierung dieser Pflicht überhaupt erst der Abschluß eines A. V. und damit die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses herbeigeführt werden."[88]. Sie enthält demnach nur eine Verpflichtung des A. G.-Verbandes, der dem A. N.-Verband verspricht, die W. K. getreu zu erfüllen und ist als eine Art Vorvertrag[89] für den Neuabschluß von A. V. zu werten.

Eine Abschlußnorm kann aber niemals zum normativen Teil eines T. V. gehören, da bei ihr bei tarifwidrigem Verhalten des

---

87. Denn ihr Wille ist darauf gerichtet gewesen, daß die Kündigungen vom A. G. für wirksam angesehen werden. Wer aber eine Willenserklärung abgegeben und mit ihrem konkreten Inhalt die Vorstellung des Vertragsgegners beeinflußt hat, ist an seine Erklärung gebunden! So mit Recht Manigk W. E. S. 167, 170.

88. So mit Recht Nipperdey: A. R. 1924. Sp. 559 oben.

89. Ein Vorvertrag im streng jur. Sinne verpflichtet zum Vertragsabschluß. Wegen Fehlens eines Vertretungsverhältnisses zwischen Verband und Mitglied sind deshalb die T. V.-Parteien nicht zugleich die Parteien der abzuschließenden A. V. Man kommt zu einem anderen Ergebnis, wenn man den Gedanken der Vertretungstheorie anwendet. Vergl. S. 70 der Abhdl.

einzelnen A. G. oder A. N. noch keine A. V. vorhanden sind, auf die die Klausel einwirken könnte. Die W. K. wendet sich nur **scheinbar**[90] an die einzelnen A. G. und A. N., in Wirklichkeit enthält sie nichts anderes als Verpflichtungen der T. V.-Parteien, welche gegenseitig erfüllt werden sollen.

Wenn Zweifel bestehen, ob eine Tarifbestimmung normativ oder obligatorisch ist, muß man den von den Parteien den Bestimmungen zugrunde gelegten und geäußerten Willen berücksichtigen[91]. Der gewöhnliche Wortlaut der W. K. — die A. N. werden wieder eingestellt — läßt jedoch erkennen, daß zu mindesten die A. G.-Verbände eine obligatorische Wirkung wollten. Dieser Wille kommt dann besonders klar zur Geltung, wenn die Verbände die ausdrückliche Verpflichtung übernehmen, ihre Mitglieder zur Wiedereinstellung der A. N. bezw. zur Wiederaufnahme der Arbeit durch die A. N. zu veranlassen[92].

Die normative Wirkung des T. V. geht über die obligatorische hinaus, sie ist ein „Mehr". Dieses „Mehr" kann aber nur dann erreicht werden, wenn beide Parteien es wollen und erkennbar zum Ausdruck bringen. Zu dieser Annahme gibt aber der übliche Wortlaut der W. K. keine Veranlassung[93]. Die h. M.[94] steht daher mit Recht auf dem Standpunkt, daß die W. K. grundsetzlich nur obligatorisch wirkt. Diese Feststellung ist wichtig[95] für die weitere, später zu behandelnde Frage, welche Rechten und Pflichten sich für die T. V.-Parteien und den einzelnen A. N. ergeben.

---

90. Kaskel S. 21.

91. Vergl. Manigk W. E. S. 430, desgl. I. A. S. 90 und 193 ff.

92. Siehe S. 7 d. Abhdl.

93. A. M. Kahn-Freund S. 96 ff.; Sinzheimer Gutachten S. 17; Priebe: Schles. Wes. 1924, S. 185 ff.; Richter: Z. f. Ges. Wes. 1924, S. 280, R. Sp., ff. Näheres über jene Ansicht S. 43 ff. der Abhdl.

94. Kaskel S. 21; Sinzheimer S. 257; Jacobi S. 198 u. Anm. 53 mit ausf. Literaturangabe; Hueck-Nipperdey Bd. 1, S. 124, Bd. 2, S. 82 mit Anm. 116, die u. a. weitere Literaturangaben insbes. die einschlägigen Entscheidungen des R. A. G. enthält.

95. Ebenso Erdel: Schl. Wes. 1926 S. 137 L. Sp., Nr. 3.

§ 6. Die W. K. im Schlichtungsverfahren.

Das Schlichtungsverfahren dient zur Beseitigung von Streitigkeiten zwischen Verbänden und bezweckt die Hilfeleistung zum Abschluß von Gesamtvereinbarungen. Da jeder T. V. eine Gesamtvereinbarung gemäß § 3 der Schl. V. O. ist, so kann auch jedes Tarifabkommen, das die W. K. enthält, Streitgegenstand eines Schlichtungsverfahrens bilden. Ob aber ein Schiedsspruch, der nur den Inhalt der W. K. betrifft — ein öfters vorkommender Fall — ergehen darf, hängt von der Beantwortung der strittigen Frage ab, ob die W. K. allein auch als T. V. zu beurteilen ist.

Wenn, wie schon ausgeführt wurde[96], einhellig die Meinung vertreten wird, daß trotz ihrer verschiedenen Wirkungen die normativen und obligatorischen Bestimmungen zusammen den T. V. bilden, so wird doch auch die Ansicht[97] vertreten, daß die Tarifnormen notwendiger Bestandteil des T. V. seien, weil sie gesetzlich hervorgehoben werden. Sie hält demnach ein „bloßes" obligatorisch wirkendes Friedensabkommen nicht für einen T. V.

Demgegenüber vertreten Kaskel[98] und andere[99] mit Recht die Meinung, daß § 1 T. V. V. O. nicht den notwendigen Inhalt des T. V. bezeichnen, sondern nur den Teil des T. V. genau umschreiben wollte, für den bestimmte Wirkungen eintreten.

Der Sinn des Wortes T. V. mag dem zwar äußerlich widersprechen, weil es von den Lohntarifen entlehnt ist, die meistens in ihm enthalten sind. Ohne erst auf den Begriff des T. V. eingehen zu müssen, ist es aber andererseits allgemein bekannt, daß Lohnbestimmungen (Tarife) in T. V. sehr oft fehlen. Es handelt sich dann um keine Arbeitsbedingungen, sondern um gegenseitige, zwischen den T. V.-Parteien begründete arbeitsrechtliche Ver-

---

96. Siehe S. 23 d. Abhdl.

97. Jacobi S. 181, 186 mit Anm. 11. Hueck T. R. S. 12, A. R. 1924, Sp. 436, Abs. 2; Potthoff A. R. 1924, Sp. 77/78; Bodmann A. R. 1926, Sp. 381.

98. S. 19 mit Anm. 2.

99. Sinzheimer S. 50; Erdel: Schl. Wes. 1925, S. 78, L. Sp., 1926, S. 138, L. Sp.; Hueck-Nipperdey Bd. 2, S. 29/30 u. 36; R. G. Bd. 111, S. 172, Zeile 13: „oder"; Kandeler: Kask. Koal. S. 100.

pflichtungen[100]. Dennoch kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die W. K. auch allein[101] als T. V. zu bezeichnen ist[102]. Sie bezweckt in diesem Fall im Interesse der A. V.-Parteien die Ermöglichung eines neuen oder eines alten, in seinen normativen Bestimmungen abgeänderten T. V., um den der Arbeitskampf entbrannt war. Würde man die W. K. allein nicht als T. V. betrachten, so käme man zu der eigenartigen Feststellung, daß für die W. K. mit normativen Bestimmungen eine Schlichtungsmöglichkeit gegeben ist, für die W. K. allein, die genau so ein Friedensabkommen darstellt, dagegen nicht[103]. Wegen der Widersinnigkeit dieses Ergebnisses betrachtet deshalb auch Hueck[104] **ausnahmsweise** einen nur den Inhalt der W. K. enthaltenden Schiedsspruch für gültig, wenn ein Tarifverhältnis zwischen den Parteien bereits besteht. Er erblickt dann in diesem Schiedsspruch ein Zusatzabkommen zu dem schon vorhandenen T. V.[105].

Wird nun, wie schon erwähnt wurde[106], der Schiedsspruch auf Wiedereinstellung vielfach als ein unannehmbarer Vergleichsvorschlag von den A. G.-Verbänden abgelehnt, so besteht dann für den Schlichter die weitere Möglichkeit, ihn auf Grund des Art.

100. z. B. Vereinbarungen über einen gemeinschaftlichen Arbeitsnachweis, Schlichtungsstelle, über die Betriebsvertretungen.

101. Die Bezeichnung W. K. mag dann, streng genommen, falsch erscheinen, weil als Klausel nur ein Vertrags*teil* bezeichnet wird. Da aber die W. K. in Ergänzung eines T. V. vereinbart wird, so deutet der Wortlaut der Klausel darauf hin, daß sie als Bestandteil dieses schon bestehenden oder noch abzuschließenden T. V. aufgefaßt werden soll. (Letzterer Fall selten, wie mit Recht in Hueck-Nipperdey, Bd. 2, S. 30, Anm. 12 hervorgehoben wird).

102. Kaskel S. 19, Anm. 2; Hueck-Nipperdey, Bd. 2, S. 30, Anm. 12; Kallee: Kart. Ausk. d. A. R.,, Karte: M. V., IV, 1; Erdel; Schl. Wes. 1925, S. 77, R. Sp.; Richter: Zeitschr. f. Ges. Wes. 1924, S. 278, R. Sp., 279 L. Sp.; Kandeler: Kask. Koal. S. 104; Warnke: N. Z. f. A. 1926, Sp. 515 zu 2, I.

103. Aehnlich Kandeler: A. R. 1924, Sp. 366; Erdel: J. W. 1925, S. 1844. R. Sp., Nr. 1.

104. A. R. 1924, Sp. 436, Abs. 2.

105. Vergl. dazu Anm. 102.

106. Siehe S. 18 d. Abhdl.

1, §§ 3 und 6 der Schl. V. O. für verbindlich zu erklären[107], ohne Rücksicht darauf, ob es sich um einen obligatorischen oder normativen Schiedsspruch handelt[108]. Ein Unterschied zwischen dem normativen und schuldrechtlichen Teil einer Gesamtvereinbarung ist auch hier nicht zu machen, denn dazu gibt die Schl.V. O. keinen Anlaß.

Kaskel[109] und andere[110] hielten früher eine Verbindlichkeitserklärung (V. E.) des Schiedsspruchs auf Wiedereinstellung für unzulässig. Sie begründeten ihre Ansicht aus dem Wortlaut des § 28 der Einstellungsverordnung vom 28. II. 1920. Nachdem aber am 30. X. 1923 die Schl. V. O. erlassen wurde, und aus ihrem Art. 1, §§ 3 und 6 herauszulesen ist, daß Gesamtvereinbarungen zum Gegenstand einer V. E. gemacht werden können, ist ihr Einwand hinfällig. Auf ihre Begründung ist deshalb nicht weiter einzugehen, zumal sie seit Erlaß der Schl. V. O. der h. M. beigetreten sind, wenn auch Oertmann[111] heute noch Bedenken äußert.

Oertmann weist auf die Ungewöhnlichkeit hin, die darin liegt, daß durch behördlichen Spruch unmittelbare schuldrechtliche Verpflichtungen auferlegt werden. Er bezeichnet es als etwas geradezu „Unerhörtes".

Wenn sein Bedenken auch durchaus verständlich erscheint, so ist deswegen die Möglichkeit einer V. E. nicht zu verneinen, denn ungewöhnliche, von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen abweichende Ausnahmen sind in allen die Zwangswirtschaft ordnen-

107. Ueber die Frage der Realisierbarkeit des Zwangstarifs siehe bei Höniger: N. Z. f. A. 1929, Sp. 275 ff., 346 ff., 545 f., J. W. 1929, S. 1273 ff. und Boehmer: N. Z. f. A. 1929, S. 525 ff., 730 ff.

108. So z. B. Kaskel S. 366, der gegen früher seine Ansicht geändert hat; Nipperday Rechtspr. S. 67; Flatow-Joachim S. 49, Hueck A. R. 1924, Sp. 435/36; R. G. Bd. 111, S. 174 ff.; Kandeler: A. R. 1924, Sp. 364; Kahn-Freund S. 79 Anm. 119; a. M. Schneider: Kask. Hauptfr. S. 123/24.

109. Gutachten S. 4/5.

110. Oertmann Gutachten S. 11, 13 ff., A. R. 1925, Sp. 98/99; OLG. Naumburg vom 27. IV. 1924: GKG. 1924, Sp. 19.

111. A. R. 1925, Sp. 101/102, Gutachten S. 15.

den Gesetzen vorzufinden[112]. § 1 T. V. V. O. und Art. 1, § 3 Schl. V. O. sprechen von Gesamtvereinbarungen. Man hat demnach nur zu prüfen, ob in dem einzelnen Fall eine Gesamtvereinbarung vorliegt. Für die W. K. ist das zu bejahen, denn sie ist ein T. V.

Ebenso ist die Oertmann gezogene Parallele zwischen der Allgemeinverbindlichkeitserklärung und der Verbindlichkeitserklärung verfehlt. Wenn auch der gleichlautende Wortstamm zu einem Vergleich herausfordert, so geht doch die gezogene Folgerung zu weit. Beide Begriffe sind in ihren gesetzlichen Voraussetzungen grundverschieden. Sie sind in zwei Rechtsverordnungen geschaffen worden, die zeitlich fünf Jahre auseinanderliegen. Der weitgehendere Begriff, die Allgemeinverbindlichkeitserklärung, ist der ältere. Schon daraus ist zu entnehmen, daß beide Arten der Erklärung nicht den gleichen Rechtscharakter tragen.

§ 7. Die Pflichten der T. V.-Parteien aus der W. K.

Das Wort „obligatorisch" deutet darauf hin, daß die Wirkung der W. K. derjenigen eines schuldrechtlichen Vertrages gleichzusetzen ist, und zwar eines gegenseitigen Vertrages, der Rechte und Pflichten zwischen den Vertragsparteien erzeugt. Nach der heute allgemein anerkannten Verbandstheorie sind die Verbände allein die T. V.-Parteien. Sie schließen im eigenen Namen den T. V. ab und sind deshalb die unmittelbar Verpflichteten und Berechtigten.

Für den obligatorischen Teil des zwischen Verbänden abgeschlossenen T. V. besteht jedoch gegenüber dem schuldrechtlichen Vertrag des BGB. insofern eine Besonderheit, als bei ihm zwei Arten von Pflichten zu unterscheiden sind[113]:

112. z. B. § 4 des Wohnungsmangelgesetzes (Zwangsmietvertrag), § 7, II des Gesetzes über die Beschäftigung Schwerbeschädigter (Zwangsarbeitsvertrag). Die Fälle eines Kontrahierungszwanges sind bei Nipperdey K.-Zwang, § 6, S. 67 ff. zusammengestellt.

113. Eine diesbezügliche Unterscheidung ist sinngemäß ebenfalls zu finden bei Sinzheimer S. 268 ff.; Nipperdey A. R. 1924, Sp. 565/66, Beitr.

a) Die ausschließlichen Verbandspflichten, d. h. die Pflichten, die lediglich den Verband selbst betreffen.

b) die organisatorischen Verbandspflichten, d. h. die Pflichten, die zwar dem Wortlaut nach von dem Verband zu erfüllen sind, jedoch nur mittelbar durch organisatorische (verbandsmäßige) Einwirkung auf seine Mitglieder, so daß die Pflichten tatsächlich den Verbandsmitgliedern als Angehörige der T. V.-Partei obliegen.

Würde man nun die Erfüllung der W. K. als eine ausschließliche Verbandspflicht betrachten, so wäre dem A. G.-Verband die Wiedereinstellung der Entlassenen selbst zwar nicht objektiv unmöglich[114], jedoch nicht zumutbar[115]. Die Wiedereinstellungspflicht ist deshalb im Wege der Auslegung als organisatorische Verbandspflicht zu betrachten. Sie besteht in der Durchführung der Zusage, die Mitglieder mit allen verbandsmäßigen Mitteln zur Wiedereinstellung der Entlassenen anzuhalten[116]. Mit gutem Grund wird deshalb die W. K. von den T. V.-Parteien vereinzelt dementsprechend gefaßt[117].

Der A. G.-Verband kann und will lediglich eine Einwirkungspflicht auf seine Mitglieder ausüben und im Weigerungsfalle des einzelnen A. G. sich für die Durchführung der W. K. einsetzen. Andererseits verspricht er damit negativ, alles zu unterlassen, was dem Zweck der W. K. widerspricht. Er verpflichtet sich insbe-

---

S. 169 ff.; Hueck-Nipperdey Bd. 2, S. 94, § 10, I, 2 spricht von: „Selbstpflichten" und „Einwirkungspflichten"; Begründung zum Entwurf eines A. T. G.: A. R. 1921, S. 104, Nr. 3.

114. So OLG Naumburg vom 27. IV. 1924; GKG 1924, Sp. 20; Nipperdes: A. R. 1924, Sp. 567/68.

115. Es ist nämlich theoretisch durchaus denkbar, daß der A. G.-Verband auf s e i n e Kosten die A. N. wieder einstellt.

116. Kaskel S. 23, 48 u. 379, Anm. 4; Oertmann: A. R. 1925, Sp. 98; Nipperdey: A. R. 1924, Sp. 567/68; Richter S. 103/04, Z. f. Ges. Wes., 1924, S. 280 L. Sp.; R. G. Bd. 111, S. 173; Bogs: Kask. Hauptfr. S. 115; Schneider: Kask. Hauptfr. S. 121; Michaelsen S. 72.

117. „Die Verbände verpflichten sich, dahin zu wirken, daß . . ." Siehe S. 7 d. Abhdl.; vergl. auch Schneider: Kask. Hauptfr. S. 121.

sondere, Wiedereinstellungen nicht entgegenzuwirken. Er will jedoch nicht eine Gewähr dafür übernehmen, daß die Mitglieder auch sofort die A. N. wieder einstellen[118]. Der Wille einer dahingehenden Garantieübernahme und die damit verbundene Haftung für ein vertragsmäßiges Verhalten des Mitgliedes müßte unzweideutig aus der W. K. zu erkennen sein. Im allgemeinen ist aber ein solcher Wille beim A. G.-Verband nicht vorhanden, denn die Leistungsfähigkeit des Verbandes würde wegen der etwaigen umfangreichen Schadensersatzansprüche erheblich gefährdet sein.

Die Einwirkung des A. G.-Verbandes auf seine Mitglieder kann verschieden sein. Er wird zunächst eine Aufforderung an seine Mitglieder ergehen lassen, die Wiedereinstellungen vorzunehmen. Sollte dieser Weg zu keinem Erfolge führen, so hat er die Mitglieder durch die in der Satzung festgelegten Verbandsstrafen zur Erfüllung ihrer Pflicht anzuhalten. Die Strafen bestehen entweder in Verwarnung, Verweis, Geldstrafen oder falls diese nicht wirken sollten, in der Versagung von Unterstützungen sowie im Ausschluß[119] aus dem Verbande.

In der Literatur[120] findet man neuerdings die Meinung vertreten, daß der A. G.-Verband **neben** den satzungsmäßigen Verbandsmitteln mit Ausnahme des Ausschlusses noch die Möglichkeit habe, das Mitglied im Klagewege zu einem tarifmäßigen Verhalten anzuhalten. Bei den beiden schärfsten Mitteln · Ausschluß und Klage gegen ein Mitglied — müssen sich aber die T. V.-Parteien vorher im klaren sein, welches sie anwenden wollen[121].

---

118. Kaskel S. 49, Anm. 1; Oertmann: A. R. 1925, Sp. 100; Hueck-Nipperdey, Bd. 2, § 10, II, d. S. 99, R. G. vom 9. IV. 1925: N. Z. f. A. 1925 Sp. 679; Nipperdey Beitr. S. 171; Hess S. 34/35.

119. Es muß jedoch vorausgesetzt werden, daß die W. K., falls sie gegen die Verbandssatzung verstößt, mit 2 3-Mehrheit beschlossen worden ist.

120. Hueck-Nipperdey Bd. 2 § 31 IV; Hess S. 36 ff.

121. Bei Unterstellung der Richtigkeit jener Meinung wäre die Wahl erforderlich. Wenn der A. G.-Verband ein Mitglied wegen der Weigerung, die A. N. wieder einzustellen, ausschließt, so würde nämlich für ihn die Wiedereinstellungspflicht als sogenannte Dauerpflicht gegenüber dem Verbande entfallen und sich somit eine Klage erübrigen.

Hess[122] verlangt sogar, daß sie in der Wahl ihrer Mittel gegen ein ungehorsames Mitglied sogleich das wirksamste anzuwenden haben[123]. Da die Wiedereinstellungspflicht in der Abgabe der Erklärung des A. G. bestehe, daß der A. N. wieder eingestellt sei[124], so sei der Abschluß eines A. V. zwischen A. G. und A. N. gemäß § 894 ZPO. zu erzwingen. Der A. N. erscheine nämlich in der Regel nach dem Arbeitskampfe auf der alten Arbeitsstätte. Darin sei die Offerte zum Abschluß eines A. V. zu erblicken. Ihre Annahme müsse deshalb nach rechtskräftiger Verurteilung zur Abgabe der entsprechenden Willenserklärung als erfolgt angesehen werden..

Die Folgen dieser Ansicht treten aber nicht ein, da die Pflicht des A. G. gegenüber seinem Verbande **nicht** in der Abgabe einer Willenserklärung, sondern in der **Ausführung** einer **unvertretbaren** Handlung, der tatsächlichen Wiedereinstellung, bestehe. Der A. G. ist zur Abgabe einer Willenserklärung dem Verbande gegenüber niemals verpflichtet. Die Vollstreckung eines entsprechenden Urteils ist daher nur nach § 888 ZPO. möglich. Da sie aber keine andere Wirkung herbeiführen kann, wie die Auferlegung einer satzungsmäßigen Geldstrafe, so ist die Klage auf Erfüllung eines Verbandsabschlusses überflüssig. Sie muß deshalb wegen Fehlens eines Rechtsschutzbedürfnisses gemäß § 256 ZPO. zur Abweisung führen.

Hat der A. G.-Verband alle seine verbandsmäßigen Mittel angewandt, so liegt in der trotzdem beibehaltenen Weigerung des einzelnen A. G. kein Tarifbruch vor[125], sondern nur eine Ver-

---

122. a. a. O. S. 37.

123. Dieser Standpunkt geht entschieden zu weit. Die zahlreichen Zwangsmittel sind gerade dazu da, dem Verband die Möglichkeit zu geben, nach eigenem Ermessen den Ungehorsam der Mitglieder zu ahnden. An dem allgemeinen Grundsatz, daß das schärfste Zwangsmittel erst nach der Erfolglosigkeit schwächer angewandt werden muß, ist festzuhalten!

124. Hueck-Nipperdey Bd. II S. 298 Anm. 35, vergl. dazu Anm. 33 ebenda; Hess a. a. O. S. 38/39.

125. Kaskel S. 48, 390, 393/94, N. Z. f. A. 1922 Sp. 397, 404; Dersch S. 162; Nipperdey: A. R. 1924 Sp. 567/68 b: a. a.

letzung der Mitgliederpflichten, d. h. ein verbandswidriges Verhalten. Da der A. G.-Verband sein Möglichstes getan hat, so ist auch eine Klage auf Einwirkung und Schadensersatz nicht gegeben. Der Wille des Mitgliedes ist trotz des Willens des Verbandes in hohem Maße ausschlaggebend[126]. Stimmen sie nicht überein, und ist das mit der W K. erstrebte Ziel nicht zu erreichen[127], so offenbart der Verband seine tarifliche Unreife[128].

Außer der Einwirkungspflicht des A. G.-Verbandes auf Wiedereinstellung seitens der A. G. ist aber auch die Pflicht der Gewerkschaften zu erwähnen, ihrerseits die Arbeitswiederaufnahme zu bewirken und somit alles zu unterlassen, was der Erreichung dieses Zieles zuwiderläuft. Im Interesse des Arbeitsfriedens hat sie kampfübereifrige Mitglieder zur Arbeitswiederaufnahme anzuhalten. Vor allem hat sie in Anbetracht etwaiger wirtschaftlicher Schwierigkeiten dafür zu sorgen, daß die Arbeit möglichst einheitlich, den betriebstechnischen Erfordernissen entsprechend, wieder aufgenommen wird.

§ 8. Die Rechte aus der W. K., insbesondere die Rechte der A. N.

Mit dem Abschluß der W. K. haben die T. V.-Parteien nicht nur Pflichten, sondern auch Rechte, die durch die Verletzung der der Gegenpartei auferlegten Pflichten entstehen[129]. Auf den

---

126. Desgl. Bogs: Kask. Hauptfr. S. 115.

127. Eine besondere Rechtslage ergibt sich aber für den Fall, daß der A. G. als Mitglied des A. G.-Verbandes die von den Verbänden vereinbarte W. K. durch Anschlag am schwarzen Brett oder durch mündliche Bekanntgabe an die Betriebsvertretung zur Kenntnis seiner Arbeiterschaft gebracht hat. Dann wird anzunehmen sein, daß der A. G. sich dadurch ihr gegenüber unmittelbar verpflichtet, die Wiedereinstellung der Entlassenen vorzunehmen. So auch L. G. Gotha vom 12. VIII. 1925: Gew. Ztg. 1926, S. 1.

128. Ebenso Kaskel S. 48, Anm. 1.

129. Aber auch nur diese! Die Nichterfüllung einer Tarifpflicht durch die einzelnen A. G. oder A. N. ist kein Tarifbruch (siehe S. 31 d. Abhdl.), denn Tarifbruch ist lediglich die Verletzung des obligatorischen Teils des T. V. durch die verpflichtete T. V.-Partei. Desgl. z. B. Kaskel S. 48 D, N. Z. f. A. 1922, Sp. 411; Nipperdey Beitr. S. 67.

Umfang der einzelnen Rechte aus einem T. V. einzugehen, würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen[130]. Es seien deshalb nur die allgemeinen Gesichtspunkte hervorgehoben.

Die Verletzung der W. K. seitens des A. G.-Verbandes besteht entweder in der Nicht- oder unzureichenden Erfüllung der erwähnten Einwirkungspflicht oder in der entgegen der W. K. ergehenden Aufforderung an die Mitglieder, die Entlassenen nicht wieder einzustellen[131]. Die Gewerkschaft hat dann das Recht, den A. G.-Verband auf Erfüllung seiner Einwirkungspflicht und gegebenenfalls auf Unterlassung zu verklagen, wenn er den Wiedereinstellungen entgegenarbeitet. Daneben hat sie das Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 320 BGB. Sie braucht ihre ihre Einwirkungspflicht nicht auszuüben und darf ein tarifwidriges Verhalten der Mitglieder dulden, bis der A. G.-Verband seinen aus der W. K. sich ergebenden Pflichten nachkommt[132]. Andererseits hat der A. N.-Verband auch die Möglichkeit, den T. V. zu lösen.. Der Verband tritt dann gemäß § 326 BGB. vom Vertrage zurück oder hebt ihn wegen positiver Vertragsverletzung auf. Außer diesen beiden in ihren Wirkungen verschiedenen Rechtsbehelfen hat die Gewerkschaft noch das weitere Recht, eines Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung der Einwirkungspflicht.

Diese Ausführungen gelten entsprechend auch für die Rechte des A. G.-Verbandes.

Da aber die W. K. in erster Linie die Wiedereinstellung der entlassenen A. N. bezweckt, so interessieren im Rahmen dieser Abhandlung weniger die Rechte der T. V.-Parteien, als die viel näher liegende Frage, ob auch dem einzelnen A. N. ein eigenes Recht auf Wiedereinstellung zu gewähren sei.

Spricht man dem einzelnen A. N. ein solches Recht ohne weiteres ab, so nützt ihm die aus dem Wortlaut der Klausel zu

130. Es wird deshalb auf die eingehenden Ausführungen Kaskels: N. Z. f. A. 1922, Sp. 74 ff., Hess S. 46 ff. verwiesen.

131. Nipperdey spricht dann von „Tarifungehorsam".

132. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist zu wahren! Vergl. Bringmann S. 63 ff.

entnehmende Begünstigung recht wenig. Der A. N. hat dann auf Grund seines Mitgliedsrechts nur die Möglichkeit, sich bei der Verletzung der W. K. an seinen Verband zu wenden. Dieser hat ihm daraufhin den erforderlichen Rechtsschutz[133] zu gewähren, d. h., er muß seinerseits den Gegenverband veranlassen, auf die Wiedereinstellung des Entlassenen bei dem betreffenden A. G. hinhinzuwirken.

Der A. N. brauchte jedoch diesen oft umständlichen Weg über die Gewerkschaft nicht einzuschlagen, wenn er den Anspruch auf Wiedereinstellung selbst geltend machen könnte. Es fragt sich daher, ob die W. K. als ein Vertragsteil zu Gunsten — oder — wie es Leonhard[134] treffender bezeichnet — zu Rechten Dritter abgeschlossen worden ist. Zur Bejahung dieser Frage gibt zwar der Wortlaut der Klausel keinen Anhalt. Die W. K. spricht nur von der Wiedereinstellung der Entlassenen seitens der A. G., von der Wiederaufnahme der Arbeit seitens der A. N. und u. a. vom Verbot, Maßregelungen vornehmen zu dürfen, bei schwierigen Fällen mit genauen Ausführungsbestimmungen. Dagegen spricht sie mit keinem Wort davon, ob den Mitgliedern der T. V.-Parteien ein unmittelbares Recht auf Durchführung der W. K. zusteht. Da aber auch ein Vertrag zu Rechten Dritter gemäß § 328 Abs. 2 BGB. ohne ausdrückliche Bestimmung aus den Umständen und dem Zweck der W. K. hergeleitet werden kann, so unterliegt es keinem Zweifel, daß bei der W. K. diese Voraussetzungen vorliegen[135]. Vergegenwärtigt man sich noch einmal den Zweck der W. K.[136], so hat sie die Mitglieder der T. V.-Parteien unmittelbar zu be-

133. Kaskel: N. Z. f. A. 1922 Sp. 479.

134. a. a. O. S. 67.

135. Der gleichen Meinung Kaskel S. 47 a, N. Z. f. A. 1922, Sp. 478 ff.; Hueck T. R. S. 94/95, R. T. V. S. 102 ff.; Nipperdey in Hueck-Nipperdey Bd. 2 S. 292γ, der gegen früher (A. R. 1924 Sp. 567/68, Beitr. S. 152) seine Ansicht geändert hat. Sinzheimer A. N. Bd. I S. 39; Boehmer: N. Z. f. A. 1929 Sp. 730; R. A. G. vom 27. IV. 1929: Bensh. S. Bd. 6 I S. 154; Bogs: Kask. Hauptfr. S. 110; Hess S. 45.

136. Siehe S. 8/9 d. Abhdl.

günstigen. Sie will dem A. N. die Wiedereinstellung verschaffen und ihm infolge des persönlichen Interesses an seiner Wiedereinstellung das Recht zusprechen, die Geltendmachung des Anspruchs auf Wiedereinstellung selbst zu betreiben. Daneben hat die Gewerkschaft auf Grund des § 335 BGB. auch jederzeit von sich aus die Möglichkeit, gegen den A. G.-Verband im Klagewege vorzugehen. Sie will mit dem Abschluß der W. K. der Arbeiterschaft nicht nur einen Solidarvorteil erringen, sondern vor allem jedem einzelnen A. N. einen persönlichen Anspruch auf Wiedereinstellung sichern[137].

Auf Grund dieser Auslegung der W. K. als einem Vertragsteil zu Rechten der Mitglieder der T. V.-Partei hat also der einzelne A. N. das Recht, auf Erfüllung der W. K. zu klagen.[138] Die Klage kann er aber nicht gegen seinen die Wiedereinstellung verweigernden A. G., sondern nur gegen den A. G.-Verband richten, denn die Mitglieder des A. G.-Verbandes sind gegenüber der Gewerkschaft niemals Vertragspartei[139]. Da aber, wie bereits[140] ausgeführt wurde, der A. G.-Verband seiner Einwirkungspflicht zu genügen hat und er für gewöhnlich nach außen hin der W. K. nicht zuwiderhandeln wird, so bleibt es doch immerhin zweifelhaft, ob eine Wiedereinstellung erreicht wird, denn letzten Endes bleibt die Wiedereinstellung von dem Willen des widerspenstigen A. G. abhängig.

137 Ob auch dem Außenseiter, d. h. dem nicht organisierten A. N., ein Anspruch auf Wiedereinstellung gegenüber dem A. G.-Verband zustehen soll, hängt vom Willen der T. V.-Parteien ab. Wenn das R. A. G. vom 27. IV 1929: Bensh. S. Bd. 6 I S. 154 die W. K. ohne weiteres auf die Außenseiter anwendet, so ist das nicht richtig. Grundsätzlich wollen die Verbände n u r ihren Mitgliedern einen Anspruch auf Wiedereinstellung verschaffen. So auch Hueck - Nipperdey Bd. 2 § 30 B IId; Nipperdey: Bensh. S. Bd. 6 I S. 157; Hueck T. V. S. 147; Kaskel S. 17.

138 Die Bedenken Sinzheimers (A. T. G. S. 94) und früher Nipperdeys (A. R. 1924 Sp. 567/68; b. b.), daß eine Unmenge von Einzelklagen nicht eine schnelle Erledigung finden, sind in Anbetracht der §§ 146 ZPO. und 46 AGG. hinfällig.

139. So z. B. Kaskel S. 379 Anm. 4, N. Z. f. A. 1922 Sp. 480; Wassermann: A. R. 1926 Sp. 145; Nipperdey: A. R. 1924 Sp. 553.

140. Siehe S. 29/30 d. Abhdl.

Die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung dürfte ebenfalls wenig Erfolg haben, weil dazu der Nachweis erforderlich ist, daß der A. G.-Verband seiner Einwirkungspflicht nicht nachgekommen ist. Dieser Nachweis wird aber dem A. N. schwer oder überhaupt nicht gelingen, Bedenkt man vor allem, daß der A. N. nicht die Möglichkeit hat, sich unmittelbar an den widerspenstigen A. G. zu wenden, so liegt die Schwerfälligkeit[141] und mögliche Aussichtslosigkeit[142] des ihm gegebenen Rechtsweges klar auf der Hand. Da aber die W. K. dem entlassenen A. N. eine möglichst schnelle Wiedereinstellung verschaffen soll, diese aber wegen der Umständlichkeit des Rechtsweges fast nie erreicht werden wird, so ist es nicht verfehlt, wenn man den Rechtsanspruch des A. N. als praktisch wertlos bezeichnet.

Ist der A. N. jedoch ohne Geltendmachung seines im Enderfolge recht zweifelhaften, persönlichen Wiedereinstellungsanspruches wieder eingestellt worden, so hat er ferner das Recht auf Erhaltung seiner Anwartschaften[143] für den Fall, daß die W. K. ein ausdrückliches M. V. enthält[144]. War er aber Mitglied des

---

141. Ebenso Nipperdey: A. R. 1924 Sp. 569 70; Hueck-Nipperdey Bd. 2 S. 298 Anm. 32; Noerpel: Gew. Ztg. 1929 S. 376.

142. Desgl. Bogs: Kask. Hauptfr. S. 115; LG. Dortmund: Schl. Wes. 1925 S. 91, L. Sp., das treffend folgendes ausführt: „Den einzelnen Arbeiter aber auf eine Klage gegen den A. G.-Verband zwecks Einwirkung auf die einzelnen Mitglieder oder auf Schadensersatz wegen Unterlassung dieser Einwirkung zu verweisen, bedeutet doch nur eine Vertröstung auf einen theoretisch zwar möglichen, praktisch wohl immer aussichtslosen Weg, da der A. G.-Verband, wenn einmal eine solche Bestimmung getroffen worden ist, zu mindesten ihr nicht offen zuwiderhandeln wird."

143. Urlaub, Urlaubsstufe, Pensionsansprüche, Prämien, Gratifikationen, Treuprämien, kein Vermerk im Zeugnis oder in der Arbeitsbescheinigung, § 87 Abs. 1 B. R. G.; § 2 des Ges. über die Fristen für die Kündigungen von Angestellten vom 9. VII. 1926 (R. G. Bl. I S. 399).

144 Jacobi S. 201; Mansfeld S. 145 Schl. Aussch. Krefeld vom 8. VI. 1923: Goerrig Bd. 1 S. 57, Schl. Wes. 1923 S. 213 L. Sp.; LG. I Berlin vom 21. VII. 1925: Schl. Wes. 1925 S. 213 Anm. —. Es allein auf den Wortlaut abzustellen, widerspricht nicht ihrem Sinn, wie Michaelsen S. 85 behauptet.

Betriebsrates, so ist es in Literatur und Rechtsprechung stark umstritten[145], ob trotz besonderer Vereinbarung mit seiner Wiedereinstellung die Betriebsratseigenschaft wieder auflebt.

Die Ansicht[146], daß ein Wiederaufleben des Betriebsratsamtes nicht möglich sei, wird kurz damit begründet, daß dieses Amt öffentlich rechtlicher Natur und damit privatrechtlichen Vereinbarungen seitens der T. V.-Parteien entzogen sei. Eine etwaige Abmachung über das Fortbestehen der Mitgliedschaft im Betriebsrat sei deshalb nichtig.

Dieser Auffassung ist zwar insofern zuzustimmen, als privatrechtliche Vereinbarungen nie eine öffentlich-rechtliche Norm abändern können. Es wird dabei aber übersehen, daß das öffentlich rechtliche Amt der Betriebsvertretung nach § 39 Abs. 1 BRG. von dem Bestehen eines Privatrechtsverhältnisses, nämlich dem A. V., abhängig ist. Wenn demnach die W. K. ein M. V. enthält, so ist darin keine unmittelbare Parteivereinbarung über das Betriebsratsamt, sondern lediglich eine mittelbare Einwirkung einer privatrechtlich zulässigen Abmachung zu erblicken. Mit Recht wird

145. Die Streitfrage ist praktisch von großer Bedeutung. Wenn einem wiedereingestellten A. N. nach einigen Tagen gekündigt wird und er gegen die Kündigung Einspruch beim Betriebsrat einlegt, so fragt es sich nämlich, ob der frühere Betriebsrat noch zuständig ist.

Handelt es sich um die Kündigung von Betriebsratsmitgliedern, so hat der A. G. u. a. den § 96 BRG. zu beachten. Er braucht sich aber nach Ansicht des R. A. G. vom 29. V. 1929: Bensh. S. Bd. VI, I S. 244 ff. an diese gesetzliche Vorschrift nicht zu halten, wenn das Betriebsratsmitglied, das für die neue Wahlperiode gewählt ist, v o r Antritt des neuen Betriebsratsamtes und v o r Vereinbarung der W. K. aus dem Betriebe ausscheidet. Das ehemalige Betriebsratsmitglied habe die neue Mitgliedsanwartschaft nicht mehr erworben. Das Arbeitsverhältnis sei schon erloschen gewesen, und die Anwendung des § 40 Abs. 1 BRG. komme nicht in Frage, weil der A. N. nicht „zeitweilig verhindert" gewesen sei. — A. M. Flatow: Bensh. S. Bd. 6 I S. 231, der das Ausscheiden aus dem Betriebe nachträglich als bloße „zeitweilige Verhinderung" ansehen will.

146. Kaskel S. 290, 380 Anm. 1; Jacobi S. 201 Anm. 63; Dersch: Kask. Koal. S. 121; Grote: Kask. Koal. S. 129, N. A. K. Folge vom 1. IX. 1927, Karte: Streik II M. V. Nr. 4; Nipperdey: A. R. 1924 Sp. 363/64 Anm. 9; Seli: Schl. Wes. 1926 S. 169; Königsberger: Recht 1923 Sp. 96/97; zweifelnd Mansfeld S. 36, 146 mit weiterer Literaturangabe.

deshalb die gegenteilige Meinung[147] vertreten, daß das Wiederaufleben des Betriebsratsamtes von dem Willen der T. V.-Parteien abhängig gemacht werden kann. Haben sie die W. K. mit Ergänzungsbestimmungen vereinbart, wie: „Der Streik gilt nicht als Unterbrechung" oder „Maßregelungen aus Anlaß des Streiks finden nicht statt", und haben die A. G. die entlassenen A. N. wieder eingestellt, so kommt damit zum Ausdruck, daß **lediglich** die Vergünstigungen aus den früheren A. V. und die Rechte aus dem Betriebsrätegesetz bestehen bleiben sollen[148].

Im Rahmen dieser Abhandlung ist auf die verschieden begründeten Aeußerungen[149] zu der im Kern soeben vorgetragenen Ansicht nicht weiter einzugehen. Nur dürfte es noch angebracht sein, die Stellungnahme des R. A. G.[150] hervorzuheben, weil sie zu der von ihnen dargelegten Begründung über die Rechtsnatur der W. K. im Widerspruch steht.

Die obligatorische Wirkung der W. K. begründet das R. A. G. mit der Feststellung[151], daß die A. V. erloschen seien und die W. K. den Abschluß eines neuen A. V. herbeiführen wolle. Bei der Frage des Wiederauflebens des Betriebsratsamtes ist es jedoch der Meinung, daß sämtliche fristgerechten und fristlosen Entlassungen nicht die Lösung der A. V. zum Ziele hätten, sondern nur als Mittel zur Erreichung des im Arbeitskampfe von den A. V.-Parteien zu erstrebenden Zwecke dienten. Die zu Beginn des Arbeitskampfes ausgesprochenen Kündigungen würden im Verkehr so verstanden, daß ihre Wirkung auf die Betriebszugehörigkeit des A. N. von dem weiteren Verlauf und dem Ausgang des Arbeits-

147. Flatow S. 176/77: § 39 Anm. 5; Sinzheimer S. 238; Erdel: J. W. 1925 S. 1845 R. Sp., Schl. Wes. 1925 S. 78 L. Sp.; K. G.: R. A. Bl. 1925 amtl. Teil S. 68; Kallee-Gros S. 522, Kahn-Freund S. 103. Weitere Literaturangabe und einschlägige Entscheidungen der Praxis bei Mansfeld S. 146, Höniger S. 185 f., Potthoff S. 6.

148. Der A. G. will mit der Wiedereinstellung das alte Arbeitsverhältnis nur in gewissem Umfange fortgesetzt wissen. A. M. u. a. Hess S. 53.

149. Vergl. Joerges: Schl. Wes. 1926 S. 11 R. Sp.

150. R. A. G. vom 3. X. 1928: Bensh. S. Bd. 4 I S. 101, 128 f.

151. Siehe Anm. 94 auf S. 24.

kampfes abhänge. Nach bürgerlichem Recht löse zwar die Kündigung den A. V. schlechthin, das Betriebsrätegesetz verstehe aber unter Beendigung des A. V. nicht den ihm beizulegenden Sinn nach bürgerlichem Recht, sondern lediglich das Aufhören der Zugehörigkeit zum Betriebe. Ueber diese entscheide aber erst der Ausgang des Arbeitskampfes.

Diese Begründung ist in Anbetracht der treffenden Beurteilung des der W. K. zu Grunde liegenden Sachverhalts überraschend, ja sogar unverständlich. Hält das R. A. G. die A. V. für erloschen, so ist es nicht folgerichtig, wenn es bei der Frage des Wiederauflebens des Betriebsratsamtes die gegenteilige Meinung vertritt. Der Hinweis, daß der A. N. noch während des Arbeitskampfes zum Betriebe des A. G. gehöre, ist ebenfalls mit der Ansicht über die Rechtsnatur der W. K. unvereinbar. Hält das R. A. G. die A. V. für beendet, dann darf es auch bei der hier zu erörternden Frage nicht mehr von einer während des Arbeitskampfes noch bestehenden Betriebszugehörigkeit des A. N. sprechen.

§ 9. Einführung in die Rechtspolitik der W. K.

Der Zweck der W. K. läßt ihre rechtspolitische Aufgabe klar erkennen.

Die Beendigung des Arbeitskampfes soll zu einem wahren Wirtschaftsfrieden führen. Das ist jedoch nur zu erreichen, wenn die Mitglieder der streitenden T. V.-Parteien den Zwiespalt, der die Ursache des Arbeitskampfes war, und den sich dadurch gegenseitig zugefügten Schaden vergessen und vergeben. Die W. K. ist deshalb eine Art Verzeihung[152]. Sie verkörpert den inneren Willen der T. V.-Parteien, die Streitaxt zu begraben. Nach außen tritt dieser Wille dadurch in Erscheinung, daß normale Rechtsbeziehungen zwischen A. G. und A. N. hergestellt werden.

152. Unter einer echten Verzeihung versteht man die Rechtshandlung einer Person, die einerseits auf einer Gefühlsempfindung beruht: die ihr zugefügte Verletzung in Zukunft nicht nachzutragen, d. h. als nicht geschehen anzusehen, und andererseits rechtliche Wirkungen äußert. Ueber den Begriff einer echten Verzeihung siehe Manigk W. E. S. 629 ff., 697.

Die A. V.-Parteien sollen ihre feindselige Stimmung in eine versöhnliche verwandeln, die infolge des Arbeitskampfes abgebrochenen Beziehungen wieder aufnehmen und schließlich das frühere, enge, soziale Zusammengehörigkeitsgefühl wieder herstellen. Zwischen dem A. G. und seinen A. N., vertreten durch den Betriebsrat, wird eine Annäherung kaum zustande kommen. Die T. V.-Parteien müssen sich daher für ein versöhnliches Verhalten ihrer Mitglieder einsetzen und von sich aus mit Rücksicht auf den Ausgang des Arbeitskampfes für eine Entspannung der Kampfstimmung und Befriedung des Wirtschaftslebens Sorge tragen.

Von einem wirklichen Wirtschaftsfrieden kann aber nur dann gesprochen werden, wenn die A. G. nach Beendigung des Arbeitskampfes den A. N. die Rückkehr in ihre Betriebe in kürzester Zeit ermöglichen. Die dogmatischen Erörterungen über die W. K. lassen jedoch keinen Zweifel darüber, daß bei hartnäckiger Weigerung des A. G., die A. N. wieder einzustellen, Wege beschritten werden müssen, die schwer oder überhaupt nicht zum Ziele führen.

Infolgedessen wird in der Literatur und Rechtsprechung die Ansicht vertreten, daß die W. K. so, wie sie von der h. M. ausgelegt wird, ihrem wirtschafts- und vor allem sozialpolitischen Sinn und Zweck nicht gerecht werde. Der Wirtschaftsfrieden sei nur dann hergestellt, wenn der A. N. von seinem A. G. unmittelbar die Wiedereinstellung verlangen könne. So lange ihm diese Möglichkeit versagt sei, bleibe der von der W. K. erstrebte Wirtschaftsfrieden gefährdet[153].

Zur Vermeidung dieser Gefahr sind die verschiedensten Wege eingeschlagen worden. Die einen glauben, das sozialpolitisch unerträgliche Ergebnis der h. M. zu vermeiden, wenn sie der W. K. eine andere Fassung geben. Die anderen bedienen sich dabei konstruktioneller Lösungsversuche. Bei diesen wiederum lassen sich zwei Hauptrichtungen feststellen[154], von denen die

153. So vor allem Schiedsstelle Halle betr. Schiedsspr. im Braunkohlenbergbau: Schl. Wes. 1923 S. 8 ff.

154. Ebenso Kahn-Freund S. 83 ff., der von der Lehre der zivilrechtlichen Individualwirkung (§ 16) und von der Lehre der normativen Wirkung der W. K. (§ 17) spricht.

eine aus tarifrechtlichen, die andere aus rein schuldrechtlichen Erwägungen unmittelbare Beziehungen zwischen den einzelnen Mitgliedern der T. V.-Parteien glauben herstellen zu können. Diese Beziehungen werden im folgenden näher behandelt.

III. Abschnitt.

Versuche, dem A. N. einen unmittelbaren Wiedereinstellungsanspruch gegen seinen A. G. nach geltendem Recht zu verschaffen.

§ 10. Die Lösungsversuche auf Grund eines veränderten Wortlauts der W. K.

Wenn die W. K. mit ihrem regelmäßigen Wortlaut nur obligatorisch wirkt und damit dem A. N. nicht zu einem unmittelbaren Wiedereinstellungsanspruch gegen seinen A. G. verhilft, so ist es das nächstliegende, ihr vielleicht durch eine andere Fassung normative Wirkung beizulegen. Erdel[155] glaubt dieses Ziel durch folgende „arbeitsvertragliche Prägung" der W. K. zu erreichen:

„Die Arbeit wird am . . . wieder aufgenommen. Die A. V. der sich zur Wiederaufnahme der Arbeit meldenden Arbeiter gelten als durch den Streik (Aussperrung) nicht unterbrochen; die durch die frühere Arbeitstätigkeit erworbenen Anwartschaften bleiben gewahrt; die Streiktage werden nicht bezahlt."

Die W. K. kann aber auf Grund dieser Fassung niemals normativ wirken. A. V., auf die angeblich eingewirkt werden soll, sind nicht vorhanden, weil sie durch die Kündigungen aufgelöst worden sind. Ihr Wiederaufleben ist deshalb auch durch diese Formel nicht zu erreichen. Denn das Bestehen eines A. V. bleibt unbedingte Voraussetzung der normativen Wirkung.

155. J. W. 1925, S. 1845 L. Sp. Nr. 2, Schl. Wes. 1925 S. 78 L. Sp., Schl. Wes. 1926. S. 139 L. Sp.

Wenn aber der A. G. wieder einstellt, indem er sich vorher freiwillig zu dieser Maßnahme bereiterklärt oder unter dem Druck des A. G.-Verbandes entschlossen hat, dann hat der Satz: „Die durch die frühere Arbeitstätigkeit erworbenen Anwartschaften bleiben gewahrt" normative Wirkung, aber auch nur er allein[156]. Denn diese Bestimmung ist geeignet, in die neu abgeschlossenen A. V. überzugehen, die die alten Anwartschaften wie Urlaub usw. zu berücksichtigen haben. Die Verpflichtung aber, daß wieder eingestellt werden soll, die sich hier aus der Arbeitswiederaufnahme ergibt, bleibt obligatorisch.

Nipperdey[157] will deshalb die W. K. im T. V. festgelegt sehen, bevor überhaupt ein Arbeitskampf ausgebrochen ist. Nur so sei eine Wiedereinstellung des A.N. gewährleistet. Seine Formel lautet:

„A. N., denen aus Anlaß eines Streiks oder einer Aussperrung gekündigt worden ist, sind von dem A. G. nach Beendigung des Streiks oder der Aussperrung auf ihr Verlangen wieder einzustellen für den Fall, daß ein Abkommen über die Wiedereinstellung zwischen den T. V.-Parteien zustande kommt. Die Wiedereinstellung hat nach Maßgabe dieses Abkommens zu erfolgen. Die durch die frühere Tätigkeit erworbenen Anwartschaften bleiben gewahrt, wenn die Wiedereinstellung erfolgt.".

Erdel[158] glaubt, diese Fassung lasse die Auslegung zu, daß Regelung der Wiedereinstellung lediglich als obligatorischer Bestandteil des T. V. beabsichtigt sei. Deshalb hat auch er eine Fassung für eine im Voraus zu vereinbarende W. K. vorgeschlagen:

„Arbeitskämpfe lösen das Arbeitsverhältnis nur dann, wenn ausdrückliche Kündigung erfolgt ist oder ausdrücklich der Austritt oder die Entlassung ausgesprochen worden ist. Wird beim Friedensschluß (Vereinbarung oder verbindlicher Schiedsspruch)

150. So auch richtig Nipperdey Rechtsp. S. 78, N. Z. f. A. 1926 Sp. 340; Jolly: J. W. 1925 S. 2463.

157. Rechtspr. S. 83; Hueck-Nipperdey § 9 I 5a, II 6. Er greift den Vorschlag Abels: J. W. 1925 S. 1924 auf, den Wortlaut der W. K. entsprechend dem § 13 Schw. B. G. zu fassen.

158. J. W. 1926, S. 575; Schl. Wes. 1926 S. 139 R Sp.

die Wiedereinstellung der A. N. festgelegt, so gelten die Kündigungen oder Austrittserklärungen oder Entlassungserklärungen als nicht geschehen. Das Arbeitsverhältnis gilt dann als nicht unterbrochen, die erworbenen Anwartschaften bleiben gewahrt, jedoch erfolgt die Bezahlung der Kampftage nur nach jeweiliger Festlegung."

Der gewünschte Erfolg der unmittelbaren Wirkung auf die Mitglieder der T. V.-Parteien läßt sich bei beiden Fassungen nicht leugnen. Sie haben aber leider den Fehler, daß sie den tatsächlichen Verhältnissen und Interessen nicht gerecht werden. Auf eine Wiedereinstellungsbestimmung für die Zukunft werden sich die A. G. nie einlassen. Eine darartige Bindung würde eine starke Beeinträchtigung ihrer wirtschaftlichen Kampfstellung bedeuten und vor allem das Verantwortungsbewußtsein des Gegners herabmindern[159]. Die Gewerkschaften würden dann viel leichter einen Streik proklamieren, weil ihnen mit einer derartigen Vereinbarung eine ihrer Hauptsorgen genommen ist, nämlich die spätere Existenzfrage der Mitglieder.

§ 11. Die Lösungsversuche auf Grund einer anderen Auslegung der W. K. aus tarifrechtlichen Erwägungen.

a) Die Rückwirkungslehre.

Während Erdel und Nipperdey der W. K. durch eine veränderte Auffassung normative Wirkung verschaffen wollen, haben andere[160] das erwünschte Ziel durch eine besondere Auslegung ihrer allgemein üblichen Fassung zu erreichen versucht.

159. So auch mit Recht Hess S. 60.

160. Schiedsstelle Halle betr. Schiedsspr. im Braunkohlenbergbau: Schl. Wes. 1923 S. 8 ff.; Sinzheimer Gutachten S. 17 f.; Boehmer: N. Z. f. A. 1929 Sp. 739 ff.; Kahn-Freund S. 96 ff. — Richter: Z. f. Ges. Wes. 1924 S. 280 R. Sp. ff.; Priebe: Schl. Wes. 1924 S. 185 ff., Erdel: Schl. Wes. 1924 S. 185, Schl. Wes. 1925 S. 78, Schl. Wes. 1926 S. 138, J. W. 1925 S. 1845, J. W. 1926 S. 575 billigen diese Ansicht. Sie halten aber das Ergebnis der h. M. in den meisten Fällen für befriedigend. Erdel will die Rückwirkungslehre nur da angewandt wissen, wo der Wortlaut der W. K. dafür spricht.

Sie sind der Meinung, der Zweck der W. K. bestehe nicht in dem Abschluß neuer, sondern in der Wiederherstellung der alten, früheren A. V. Wenn ein Streik ausgebrochen ist und fristgemäße oder fristlose Entlassungen stattgefunden haben, so seien zwar die A. V. rechtlich gelöst, doch werde von beiden Seiten von der Voraussetzung ausgegangen, daß mit Beendigung des Arbeitskampfes die streitenden Parteien sich wieder vertragen, daher „Ausstand, Aussperrung“[161]. Die A. N. seien bereit, die Arbeit fortzusetzen, die A. G., mit den streikenden Arbeitern den Betrieb weiterzuführen, „sobald der Kampfgrund fortgefallen ist.“ Somit beständen trotz der rechtlichen Lösung der Arbeitsverhältnisse noch tatsächliche Beziehungen beider Parteien zur Arbeitsstätte[162]. Mit Abschluß des Friedensvetrrages soll die Streitaxt begraben sein und die Arbeitsverhältnisse als nicht unterbrochen gelten, wie es nach einem Kriege zwischen zwei Völkern der Fall ist, wenn sie übereinkommen, daß die alten, vor dem Kriege in Kraft gewesenen Verträge „wieder aufleben“ sollen[163]. Die W. K. sei deshalb als eine Bestimmung aufzufassen, die den bindenden Ausspruch enthält, daß die geschehenen Kündigungen unzuläßig und damit unwirksam seien. Da dieser Ausspruch aber rechtlich

Falls diese Ansicht richtig ist, müßte nach Nipperdey (Rechtsspr. S. 82/83 u. N. Z. f. A. 1926 S. 343) der Wortlaut der W. K. folgender sein:

„Unter der aufschiebenden Bedingung, daß wegen des Streiks Entlassungen erfolgt; unter der weiteren aufschiebenden Bedingung, daß bei Beendigung des Kampfes ein entsprechendes Friedensabkommen mit der W. K. zustande kommt, ist der A. G. aus dem Arbeitsverhältnis verpflichtet, seinerzeit wieder einzustellen.“

Nipperdey selbst läßt aber keinen Zweifel darüber, daß ein derart schwer verständlicher Wortlaut niemals von den T. V.-Parteien vereinbart werden wird.

161. Sinzheimer Gutachten S. 17. In Sinzheimer S. 257 schließt er sich aber der h. M. an.

162. Von dieser Annahme geht auch das R. A. G. bei der Frage des Wiederauflebens des Betriebsratsamtes aus, obwohl es zu der Rückwirkungslehre bisher noch nicht Stellung genommen hat. Vergl. S. 37/38 d. Abhdl.

163. Sinzheimer, siehe Anm. 161.

nur solange von Bedeutung sei, als die A. V. noch nicht gelöst sind, so gelte er deshalb rückwirkend unabdingbar zu einem Zeitpunkt vereinbart, als die A. V. noch bestanden. Die W. K. habe dann die Fähigkeit, auf die als erloschen zu betrachtenden A. V. unabdingbar einzuwirken und mache die somit theoretisch später ausgesprochenen Kündigungen ungeschehen. Die alten A. V. lebten wieder auf und gelten als nicht erloschen[164].

Diese Ansicht, daß die W. K. als eine rückwirkende Bestimmung auszulegen sei — die sogenannte Rückwirkungslehre —, enthält somit zwei Behauptungen[165]:

1. Der T. V. sei nach § 1 T. V. V. O, fähig, den Inhalt solcher A. V. zu regeln, die zur Zeit seines Abschlusses bereits erloschen sind, indem er die A. V. dadurch wieder aufleben läßt, daß die zu ihrem Erlöschen geführten Kündigungen mit rückwirkender Kraft für unzulässig erklärt werden.

2. Die W. K. sei demnach so auszulegen, daß sie rückwirkend auf den Inhalt der bereits erloschenen A. V. einwirke und die ausgesprochenen Kündigungen vernichte.

Zur Begründung ihrer Behauptungen führt die Rückwirkungslehre aus: Es sei nichts Neues, daß ein T. V. den Inhalt erloschener A. V. erfülle. In der Inflationszeit habe die h. M.[166] die umstrittene Frage bejaht, daß Lohnerhöhungen rückwirkend auch für die A. N. in Frage kommen, die während der Tarifänderung nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis standen. Diese Ansicht sei davon ausgegangen, daß der Grundsatz der Vertragsfreiheit eine Rückwirkung zulasse. Infolge des mit Recht im Tarifrecht anzuwendenden Grundsatzes der Vertragsfreiheit könne deshalb der

---

164. Ein etwaiger Einwand, der A. N. könnte dann während des Arbeitskampfes den vollen Lohn vom A. G. verlangen, wird mit dem Hinweis auf die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 BGB. sofort hinfällig. So auch richtig Kahn-Freund S. 103. Vielfach wird auch ausdrücklich vereinbart: „Die Streiktage werden nicht bezahlt." Vergl. S. 41/43 d. Abhdl.

165. Kahn-Freund S. 97.

166. Ausführliche Literaturangabe bei Kahn-Freund S. 98 Anm. 154, Hueck-Nipperdey § 16 A I 3 c.

T. V. obligatorisch wirkende Bestimmungen, die sich auf erloschene A. V. beziehen, auch an der normativen Wirkung teilnehmen lassen, und zwar auf Grund des § 1 T. V. V. O. Die unabdingbare Gestaltung eines A. V. durch den T. V. sei nicht nur möglich, wenn zur Zeit der eingetretenen Tarifänderung die A. V. noch bestehen, sondern auch dann, wenn sie bereits erloschen sind.

Im bürgerlichen Recht sei nämlich allgemein anerkannt, daß Normen in dem Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens auf aufgelöste Rechtsverhältnisse einwirken und sie nachträglich vernichten, wie z. B. § 1838 BGB. („es sei denn")[167] zu erkennen gäbe. Dieser Nachweis, daß nicht mehr bestehende Rechtsverhältnisse rückwirkenden Zwangsnormen unterworfen werden können, läßt sich aus dem bürgerlichen Recht nur für die Nichtigkeitswirkung erbringen. Trotzdem könne man diesen Gedankengang ohne Bedenken entsprechend bei der Unabdingbarkeit anwenden, denn eine Einschränkung ihres Prinzips sei aus dem Wortlaut und dem Sinn des § 1 T. V. V. O. nicht zu entnehmen.

Allerdings setzte die Rückwirkung von Tarifnormen auf aufgelöste Arbeitsverhältnisse noch einen dahingehenden Willen der T. V.-Parteien voraus. Bei der W. K. müsse er aber trotz des allgemein gehaltenen Wortlautes aus ihrem sozialpolitischen Zweck[168], Geschehenes ungeschehen zu machen, herausgelesen werden. Da auch das R. G.[169] einen Arbeitsnormenvertrag nach einem Arbeitskampfe ohne die W. K. für ein „blut- und markloses Gebilde" gehalten habe, so sei die Annahme gerechtfertigt, daß die Absicht der T. V.-Parteien darauf gerichtet gewesen sei, die erfolgten Kündigungen als rechtlich nicht geschehen anzusehen.

167. Wonach bei Vorliegen eines Anfechtungsgrundes der betreffende Ehegatte innerhalb einer Ausschlußfrist von 6 Monaten (§ 1339 BGB) die durch den Tod des zur Anfechtung nicht berechtigten Ehegatten aufgelöste Ehe gegenüber dem Nachlaßgericht anfechten kann, z. B. mangels Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§ 1331 BGB). Ist die Anfechtung von Erfolg, so tritt die rückwirkende Vernichtung der früheren Ehe ein (§ 1343 BGB).

168. Kahn-Freund S. 101.

169. R. G. Bd. 111 S. 172.

Dem in der Rückwirkungslehre vertretenen Standpunkt ist nicht beizutreten. Der in ihr beschrittene konstruktive Weg der Rückwirkung ist juristisch nicht haltbar und entspricht außerdem keineswegs dem Willen der T. V.-Parteien.

Wenn sich die Anhänger der Rückwirkungslehre für eine rückwirkende Unabdingbarkeit aufgelöster A. V. unter Hinweis auf den von ihnen beispielsweise hervorgehobenen § 1338 BGB. aussprechen, so haben sie übersehen, daß die von ihnen vertretene Ansicht gerade im bürgerlichen Recht nicht verankert ist.

Der § 1338 BGB. stellt hinsichtlich des Fortbestehens erloschener Rechtsbeziehungen eine Ausnahme dar, die nur unter den gegebenen Voraussetzungen eintritt. Das BGB. weist zwar in seinen sämtlichen Teilen rückwirkende Bestimmungen auf[170], die jedoch infolge der verschiedenartigen Hervorhebung[171] stets etwas Außergewöhnliches sind. Die Auffassung im § 1338 BGB. ist gerade ein Beweis dafür, daß die Rückwirkung nur ausnahmsweise eintritt. Wäre sie ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, so hätte der Gesetzgeber nicht ausdrücklich für den Sonderfall des § 1338 diese Bestimmung getroffen. Solange eine gesetzliche Rückwirkung für die W. K. nicht besteht, kann man aber aus einem rein familienrechtlichen Beispiel einen auch in anderen Fällen anzuwendenden Rechtsgrundsatz nicht herauslesen. Es ist daher unmöglich, § 1338 BGB. zum Hauptpfeiler der Begründung der Rückwirkungsmöglichkeit zu machen.

Die Rückwirkung ist, wie allgemein anerkannt[172] eine Fiktion und damit nur ein Hilfsmittel der juristischen Technik. Ihre Anwendung beim T. V. bedeutet nichts Anderes als die Vereinbarung der T. V.-Parteien, daß die aus dem T. V. sich ergebenden Rechtsfolgen schon zu einem früheren Zeitpunkt wirken sollen, und zwar so, als ob der T. V. schon zu jener Zeit abgeschlossen

170. Näheres darüber bei Greis S. 43 ff.

171. z. B. „es gilt", so die §§ 84, 110, 389 BGB.; „es ist so anzusehen", so § 142 BGB.

172. Nipperdey: A. R. 1924 Sp. 559/60, Rechtsp. S. 80, Beitr. S. 160 mit weiterer Literaturangabe unter Anm. 195. — Ueber den Begriff der Rückwirkung siehe Hellwig S. 6.

worden wäre.[173] Damit ergibt sich auch ohne weiteres die Rückwirkung der Unabdingbarkeit.

Die Rückwirkungslehre beruft sich insofern mit Recht auf die h. M.[174]. Wenn letztere die Frage der Zulässigkeit rückwirkender Lohnerhöhungen auf Ausgeschiedene bejaht, so müssen die Vertreter der Rückwirkungslehre aber bedenken, daß diese Entscheidungen weniger der rückwirkenden Unabdingbarkeit im allgemeinen zustimmen, als vielmehr nach Möglichkeit die Ungerechtigkeit des Satzes „Mark gleich Mark" beseitigen wollte[175]. Vor allem aber denken sie nicht daran, daß der Rückwirkung normativer Bestimmungen doch ein Sachverhalt zugrunde liegen muß, wonach die bedungenen Leistungen gegenwärtig oder in der Zukunft wirklich erfüllt werden können[176]. Dies widerspricht scheinbar dem Wort „Rückwirkung", aber tatsächlich handelt es sich um den Eintritt einer Rechtswirkung, die sich zwar auf die Zukunft bezieht, jedoch schon in einem bestimmten Zeitpunkt der Vergangenheit eintreten soll[177]. Infolge der Rückwirkung von Lohnerhöhungen für bereits ausgeschiedene A. N. ist eine Nachzahlung von Lohn möglich. Die Rückwirkung eines Kündigungsverbots — als solches ist die W. K. nach der Rückwirkungslehre aufzufassen —, ist dagegen unmöglich, weil Willenserklärungen der Vergangenheit nunmehr der menschlichen Bestimmungen entrückt sind. Die von den A. G. ausgesprochenen

173. Vergl. Jacobi S. 276.

174. Jacobi S. 235 f. steht mit seiner ablehnenden Haltung betreffend die Rückwirkung normativer Bestimmungen ziemlich vereinzelt da. Er begründet seine Ansicht damit, daß die T. V. V. O. zum Abschluß von normativen Bestimmungen die schriftliche Form vorschreibe. Diese fehle bei der Anwendung der Rückwirkung in der Zeit vor dem Abschluß des T. V. und könne durch Parteivereinbarung nicht ersetzt werden. Die Lohnerhöhungen für ausgeschiedene A. N. waren durch frühere Tarifabkommen vielfach bereits vorgesehen, so daß selbst nach Jacobi die rückwirkenden Lohnerhöhungen zulässig sein mußten.

175. Desgl. Jacobi S. 237 Anm. 36.

176. Hueck-Nipperdey Bd. 2 S. 85, Anm. 117; Nipperdey Rechtspr. S. 80.

177. Hellwig, S. 7; Greis S. 20.

Kündigungen sind nun einmal erfolgt und können als solche nicht mehr durch Rückwirkung ungeschehen gemacht werden. „Auch ein Tarifvertrag kann sie nicht weghexen“[178]. Er würde, da er auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist[179], nach § 306 BGB nichtig sein. Zudem besteht die Aufgabe der T. V.-Parteien niemals darin, Rechts **verhältnisse** einzugehen, sondern Rechts **sätze** für die Mitglieder zu schaffen[180].

Da die Arbeitsverhältnisse somit aufgelöst sind, so kann die W.K. jetzt nur noch die **Folgen** der Kündigungen für die Zukunft rückgängig machen, was ohnehin schon Aufgabe des in der W. K. meistens noch enthaltenen M. V. ist[181]. Dieses bestimmt nämlich, daß die Folgen nicht eintreten sollen, und zwar mit der Maßgabe, daß es von einem früheren Zeitpunkt an — hier der Augenblick der Entlassung — gelten soll, so, als sei die rechtliche Lage der Vergangenheit eine andere als in Wirklichkeit. Man kann keineswegs verallgemeinernd sagen, wie es Sinzheimer[182] dem Sinn, nicht dem Wortlaut nach tut, daß derartige Kündigungen deklaratorische Bedeutung haben und vom Standpunkt des A. G. lediglich mit der Absicht auf psychologische Wirkung hin erfolgt seien. Auch das von ihm herangezogene Beispiel von dem Friedensvertrage zwischen zwei Völkern ist unzutreffend, denn dort nehmen die vertragsschließenden Parteien selbst die alten Verträge wieder auf. Bei der W. K. ist aber der A. G.-Verband die Partei, nicht die einzelnen A. G., die wieder einstellen sollen.

---

178. Nipperdey Rechtspr. S. 79.

179. R. A. G. vom 26. 1. 1929: R. A. G. Bd. 3 S. 142, Bensh. S. Bd. 5, 1 S. 100, 191, Rechtspr. i. A. S. 1929 S. 129, Schl. Wes. 1929 S. 113, A. R. A. R. 1929 Sp. 177/78.

180. So mit Recht Lange: N. Z. f. A. 1929 Sp. 485.

181. Vergl. die Ausführungen auf S. 14 d. Abhdl.

182. Gutachten S. 17.

183. Nipperdey Rechtspr. S. 81, A. R. 1924 Sp. 561/62: c.; Hueck-Nipperdey Bd. 2 S. 85 zu Anm. 117; Michaelsen S. 74; Hess S. 19.

184. § 89 B. R. G. behandelt den gleichen Fall während des Kündigungseinspruchsverfahrens. Eine analoge Anwendung des § 89 ist jedoch wegen seines Ausnahmecharakters abzulehnen.

Die Unhaltbarkeit jener Lehre wird auch demit begründet[183], daß der A. N., falls er inzwischen anderweitig Arbeit gefunden hat, in zwei Arbeitsverhältnissen stehen würde[184]. Dieses Bedenken ist aber weniger ausschlaggebend, denn es wird dieser Fall praktisch selten vorkommen. Andererseits muß zugegeben werden, daß der vorgeschlagene Weg der Rückwirkungslehre, dem A. G. und A. N. des ersten Arbeitsverhältnisses dann das Recht der fristlosen Kündigung aus wichtigem Grunde[185] zuzubilligen, wenig glücklich ist, weil nicht in allen Fällen[186] eine Möglichkeit sofortiger Kündigung besteht und dann nur auf Umwegen[187] die Lösung eines A. V. zu erreichen ist.

Den rechtlich zulässigen Weg, den die Rückwirkungslehre hätte beschreiten können, hat sie merkwürdigerweise nicht gewählt.

Die T. V.-Parteien haben nämlich die Möglichkeit, eine normative Bestimmung im T. V. zu treffen, nach der die A. V.-Parteien auf Verlangen des einen oder des anderen Vertragsteils verpflichtet sind, die zu lösenden A. V. zu den alten Bedingungen zu erneuern. Mit der Auflösung des A. V. tritt dann diese Verpflichtung als sogenannte Nachwirkung[188] in Erscheinung, die dem A. G. auf Grund des noch bestehenden Arbeitsverhältnisses[189] aufgibt, die A. V. mit den sich zur Arbeit meldenden A. N. zu erneuern. Diese von Nipperdey[190] als „arbeitsvertraglich-schuldrechtlich" bezeichnete Wirkung eines T. V. läßt sich rückwirkend vereinbaren.

185. Vergl. die §§ 123, 124, 124a und 133b Gew. O., § 70 HGB.; § 626 BGB., soweit nicht die Bestimmungen der Gew. O. anzuwenden sind.

186. z. B. nicht bei den gewerblichen A. N. außerhalb des Rahmens der §§ 123, 124, 124a der Gew. O.

187. Kahn-Freund S. 104 schlägt folgende Notkonstruktion vor: die A. G. kündigen fristgemäß, und die A. N. dürfen während der Kündigungsfrist keinen Lohn verlangen. — Dieser Vorschlag läßt sich hören, denn der A. G. hat die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB.

188. Siehe S. 22 der Abhdl.

189. Ueber den Unterschied zwischen A. V. und Arbeitsverhältnis siehe ebenfalls S. 21 Anm. 78 d. Abhdl.

190. Hueck-Nipperdey Bd. 2 S. 85 zu Anm. 117, Bensh. S. Bd. 5, 1 S. 198, Molitor: Köln. Sozialpol. Vierteljahresschrift 1928 S. 90.

Denn in diesem Fall handelt es sich nicht, wie es das Ziel der Rückwirkungslehre ist, um das Ungeschehenmachen einer in der Vergangenheit zulässigen Handlung, sondern um den Eintritt einer tatsächlich möglichen Rechtswirkung für die Vergangenheit. Die T. V.-Parteien haben dann infolge der Rückwirkung einen rechtlichen Tatbestand vor sich, der der bereits dargelegten Nipperdey'schen Fassung der W. K. entspricht[191]. Dieser Möglichkeit stehen also keine Bedenken entgegen, vorausgesetzt, daß sie von den T. V.-Parteien zum Ausdruck gebracht wird.

Der Wille der T. V.-Parteien zur Rückwirkung muß, abgesehen von der rechtlichen Zulässigkeit, deutlich erkennbar sein. Einen derartigen Willen, wie ihn die extreme[192] Rückwirkungslehre aus der W. K. ohne weiteres annimmt, widerspricht aber dem wahren Willen der Parteien, ja sie tut ihm offen Zwang an.[193] Nipperdey[194] ist durchaus beizupflichten, wenn er aus dem Wort „Wiedereinstellung" den Willen der Parteien herausliest, daß sie die Rechtsfolgen einer Rückwirkung ablehnen.

Priebe[195] vertritt die gegenteilige Ansicht, und begründet sie damit, daß man es nicht mit einer „Neueinstellung", sondern „Wiedereinstellung" zu tun habe. „Wiedereinstellung" bedeutet ebenso eine erneute Einstellung, wie eine „Neueinstellung" (eine neue Einstellung). Wenn auch der Wortteil „wieder" zum Ausdruck bringt, daß schon ein Arbeitsverhältnis vorhanden gewesen ist, so ist das nicht dahin zu deuten, daß darin eine unmittelbare Anknüpfung an das früher vorhandene Arbeitsverhältnis zu erblicken sei. Die Wiedereinstellung schafft ein neues Arbeitsverhältnis, das nichts mit dem alten zu tun hat, obwohl einige Bestimmungen die gleichen sein werden wie in dem früheren. Hierin kann aber nicht eine Anknüpfung und somit ein Grund für

191. Vergl. S. 42 d. Abhdl.

192. Im Gegensatz zu der soeben dargelegten gemäßigten Rückwirkungslehre.

193. Ebenso Schneider: Kaskel Hauptfr. S. 125.

194. A. R. 1924, Sp. 561/62, Rechtspr. S. 82. Desgl. Oertmann, A. R. 1925 Sp. 89.

195. Schl. Wes. 1924 S. 187 L. Sp.

eine Rückwirkungsabsicht erblickt werden. Denn dann wäre das meistens in der W. K. enthaltene M. V. überflüssig. Gerade das M. V. läßt unzweideutig darauf schließen, daß der Arbeitsfrieden auch ohne die Auslegung der W. K. als rückwirkende Bestimmung herbeigeführt wird. Der gute Wille, den Arbeitsfrieden herzustellen, wird durch das M. V. offen zur Schau getragen, ohne daß man sich der Rückwirkung, einer dem Laien immerhin nicht alltäglichen Konstruktion, zu bedienen braucht.

Auch die gemäßigte Rückwirkungslehre, die neuerdings mit allem Nachdruck von Nipperdey[196] vertreten wird, wird dem Willen der T. V.-Parteien nicht gerecht. Nipperdey[197] glaubt ihn dann annehmen zu dürfen, wenn die W. K. rückdatiert wird oder ergänzende Bestimmungen enthält wie „die Kündigungen gelten als zurückgenommen", „die Arbeitsverhältnisse gelten als nicht unterbrochen."

Eine Rückdatierung der W. K. wird in der Praxis wohl kaum vorkommen. Mit den Ergänzungsbestimmungen verfolgen aber die T. V.-Parteien niemals die Absicht, der W. K. eine arbeitsvertraglich-schuldrechtliche Wirkung zu verschaffen als sogenannte Nachwirkung aus dem früheren A. V. Ihr Wille ist vielmehr, wie bereits[198] hervorgehoben wurde, lediglich darauf gerichtet, daß die Vergünstigungen aus dem früheren A. V. erhalten bleiben; nur insofern ist eine Rückwirkung vereinbart.

Die Begründung des Rückwirkungswillens ist und bleibt sowohl vom gemäßigten als auch vom extremen Standpunkt der Wirkungslehre aus, unbefriedigend, so daß man sich nicht des Eindrucks einer gewissen Einseitigkeit erwehren kann: dem wirtschaftlich Schwächeren soll unter allen Umständen geholfen werden. Dieser Gesichtspunkt führt aber zu einer Gefährdung der Interessen der A. G., die u. U. genötigt werden, ihre Betriebe einzuschränken

196. Bensh. S. Bd. 5, I, S. 102 Nr. 2 am Ende, S. 197 98, Bd. 6, I, S. 522 Nr. 3.

197. Hueck-Nipperdey Bd. 2 S. 86 zu Anm. 117 am Ende.

198. Vergl. S. 14 d. Abhdl.

b) Die Lehre von der sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft.

Die bisherigen Versuche, der W. K. im Wege einer anderen Fassung des Wortlauts oder einer anderen Art der Auslegung eine normative Wirkung zu verleihen, schlugen fehl. Man hat daher den erwünschten unmittelbaren Anspruch des einzelnen A. N. aus allgemeinen Erwägungen sozialer Natur herzuleiten versucht[199], und zwar aus dem Gedanken der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft heraus.[200]

Diese Ansicht lehnt mit Recht die noch[201] zu erörternden Versuche ab, dem A. N. aus dem individuellen Gedanken des BGB. einen unmittelbaren Anspruch zu gewähren. Sie greift vielmehr den bereits vom R. G.[202] entwickelten Gedanken der sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft auf und legt die W. K. als einen Kollektivvertrag aus, der die Rechtsbeziehungen Einzelner nicht an Einzelarbeitsverträge, sondern an diese doppelt organisierte Gemeinschaft als organisches Ganzes gebunden erklärt. Die Arbeits- und Betriebsgemeinschaft sei mit der neuen Entwicklung des Arbeitsrechts, insbesondere durch die Vereinbarung zwischen A. G.- und A. N.-Verbänden vom 15. XI. 1918[203] und durch § 66 B. R. G. entstanden. Sie beruhe nicht auf einem unmittelbaren

199. So L. G. Dortmund: Schl. Wes. 1925 S. 91 ff., N. Z. f. A. 1926 Sp. 181/82, A. R. 1926 Sp. 378/79; Goerrig Bd. 2 S. 171 Nr. 10; Michaelsen S. 77 ff. Er glaubt irrtümlich, das LG. Dortmund sei auf Grund freier Rechtsfindung zu dieser Ansicht gelangt. Tatsächlich läuft die Begründung dieser Entscheidung auf die analoge Anwendung der §§ 84 ff B. R. G. hinaus.

200. Kahn-Freund S. 89 ff. spricht von der generell-normativen Natur des T. V. Diese Bezeichnung dürfte wenig glücklich sein, da das LG. Dortmund den unmittelbaren Anspruch auf einem Gemeinschaftsverhältnis aufbaut, das nicht an das Bestehen eines T. V. gebunden zu sein braucht. Eine Verwechslung der soziologischen Idee des T. V. mit dem juristischen Begriff des T. V. liegt deshalb nicht vor (wie Kahn-Freund behauptet).

201. Siehe S. 56 ff. d. Abhdl.

202. R. G. Bd. 106 S. 272 ff.

203. Veröffentlicht im Deutschen Reichsanzeiger vom 8. XI. 1918 S. 273, auch im R. A. Bl. 1918 Bl. 874.

Rechtsverhältnis zwischen den A. V.-Parteien, sondern auf einem allgemeinen, wirtschaftlich-sozialen Zusammengehörigkeitsgefühl, das sich aus der Einsicht des aufeinander Angewiesenseins im Ringen um die wirtschaftliche Existenz entwickelt habe. Die A. G. und A. N. seien Angehörige dieser Gemeinschaft und hätten Rechte und Pflichten gegeneinander. Die Pflichten unterschieden sich aber von denen aus den A. V. dadurch, daß jeder Angehörige sein Verhalten gegenüber dem andern entsprechend dem Zweck der Gemeinschaft einzurichten habe.

Der Gedanke der Berufs- oder Arbeitsgemeinschaft sei in dem Rechtsinstitut der Werkbeurlaubung zu finden, die nach außen den A. V. löst, aber nach innen das soziale Band aufrecht erhält. Der Begriff der Betriebs- oder Werkgemeinschaft habe dagegen in dem Kündigungsschutz der §§ 84 ff B. R. G. seinen Ausdruck gefunden, wonach dem A. N. für privatrechtlich gerechtfertigtes, aber sozial ungerechtfertigtes Verhalten des A. G. eine Entschädigung gewährt wird.

Stelle nun der sich weigernde A. G. den betroffenen A. N. nicht wieder ein, so verletze er außer seiner Pflicht als Mitglied des A. G.-Verbandes die Pflichten, die sich für ihn als Glied der Arbeitsgemeinschaft des Industriezweiges sowie der Werkgemeinschaft seines Betriebes ergeben. Bei Verletzung der W. K. durch den A. G. stehe deshalb dem A. N. zur Durchführung dieses Gemeinschaftsgedankens ein unmittelbarer Anspruch auf Beschäftigung oder Entschädigung gemäß § 84 ff. B. R. G. zu, denn der A. G. habe sich im Weigerungsfalle „gegen den Gemeinschaftsgeist versündigt“[204].

In dieser Ansicht sind zwar beachtenswerte wirtschaftliche und soziale Erwägungen angestellt, die aber bei rein rechtlicher Beurteilung der gestellten Frage nicht stichhaltig sind[205]. Solange man an das positive Recht gebunden ist, muß man sich auch innerhalb der gesetzlichen Grenzen halten.

204. Schl. Wes. 1925 S. 93 L. Sp. Mitte.

205. Ebenso Nipperdey Rechtspr. S. 77: d; Kahn-Freund S. 95/96; Hess S. 12.

Zunächst verkennt diese Ansicht den Begriff der Betriebsgemeinschaft. Bei der W. K. ist stets davon auszugehen, daß die A. N. infolge Streiks oder Aussperrungen entlassen worden sind, also irgendwelche gemeinschaftliche Verbundenheiten zwischen A. G. und A. N. rein rechtlich nicht mehr bestehen. Da der A. N. erst mit seiner Wiedereinstellung in ein Arbeitsverhältnis zum A. G. tritt, so beginnt auch erst von diesem Zeitpunkt an die Betriebsgemeinschaft von neuem[206]. Es mag zwar trotz des rein rechtlichen Getrenntseins vielleicht noch ein ruhendes soziales Gemeinschaftsverhältnis zwischen A. G. und A. N. zu bejahen sein, doch ist dies für die rechtliche Beurteilung unerheblich, weil der Gesetzgeber ein derartiges soziologisches Verhältnis nicht kennt.

Außerdem läßt sich aus dem Gedanken der sozialen Arbeits- oder Berufsgemeinschaft ebenfalls eine normative Wirkung der W. K. nicht herleiten. Der Zweck dieser Gemeinschaft besteht nämlich in dem Zusammenarbeiten der Verbände, dessen Ergebnis im T. V. seinen Ausdruck findet. Wenn also die T. V.-Parteien eine W. K. vereinbaren und ihre Mitglieder nicht unmittelbar untereinander verpflichten, so entstehen auch damit für die A. G. als Angehörige der Arbeitsgemeinschaft keinerlei Verpflichtungen gegenüber dem einzelnen A. N.

Diese allgemeine Begründung für einen unmittelbaren Anspruch des A. N. ist vom juristischen Standpunkt aus völlig unbeachtlich. Sie würde sonst beweisen, daß die W. K. vollkommen überflüssig ist, denn aus den dargelegten Gründen dieser Ansicht ergibt sich die Pflicht des A. G. zur Wiedereinstellung schon aus dem erwähnten Gemeinschaftsverhältnis[207]. Da ferner die einzelnen A. G. und A. N. als Angehörige der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft ohne weiteres verpflichtet sind, den Gemeinschaftssinn zu beachten, so liegt die Annahme nahe, daß die in der Tarifrechtswissenschaft allgemein abgelehnte Vertretungstheorie

206. Desgl. Nipperdey Rechtspr. S. 78.
207. Desgl. Bodmann: A. R. 1926 Sp. 380; Kahn-Freund S. 90.

in einer anderen Wortfassung vertreten wird[208]. Vor allem ist aber schließlich zu bedenken, daß der A. N., selbst bei Richtigkeit jener Auffassung, von seinem hartnäckigen A. G. niemals die Wiedereinstellung, sondern lediglich eine Entschädigung in Geld verlangen könnte. Damit ist ihm persönlich wenig gedient, und der sozialpolitische Zweck der W. K. wird keinesfalls erreicht.

§ 12. Die Lösungsversuche auf Grund einer anderen Auslegung der W. K. aus schuldrechtlichen Erwägungen.

a) § 826 BGB.

Die bisher erörterten Versuche vermochten nicht nachzuweisen, daß die W. K. nach geltendem Recht einen Tatbestand erfülle, der ihr eine normative Wirkung gibt, und dem A. N. einen unmittelbaren Anspruch auf Wiedereinstellung sichert. Man bemühte sich deshalb, der W. K. unter Anerkennung ihrer obligatorischen Natur auf Grund schuldrechtlicher Erwägungen zu einer unmittelbaren schuldrechtlichen Verpflichtung auf die beiderseitigen Verbandsmitglieder zu verhelfen. Auch bei diesen Lösungsversuchen sind verschiedene Wege beschritten worden, um das erwünschte Ergebnis zu erzielen.

Die Anwendung des § 826 BGB. versagt. Die Nichtwiedereinstellung wird als ein Verstoß gegen die guten Sitten bezeichnet.[209] Zur Begründung dieser Auffassung wird vorgetragen, daß das heutige Wirtschaftsleben auf einem Zusammenarbeiten von A. G. und A. N. beruhe. Die W. K. komme lediglich infolge des gegenseitigen Vertrauens auf ihre restlose Erfüllung zustande und lege den Mitgliedern der T. V.-Parteien auf Grund ihrer nicht vorhandenen rechtlichen Bindung untereinander die sittliche

208. Nipperdey Rechtspr. S. 78 zweifelt nicht an der Richtigkeit dieser Vermutung.

209. Denecke, Schl. Wes. 1923 S. 207 L. Sp.; L. G. I Berlin: GKG. Bd. 28 S. 197; J. W. 1924 S. 1056/57; Koch: J. W. 1922 S. 1734; Kallee: Kart. Ausk. d. A. R. Karte: Streik, M. V. I. Anm. 3; L. A. G. Frankfurt a. O. vom 29. III. 1928: Bensh. S. Bd. 3, II, S. 139/40.

Verpflichtung auf, sie zu erfüllen. Verletzen die Mitglieder diese Pflicht, so täuschen sie das Vertrauen des wirtschaftlichen Gegners, stellen ein gedeihliches Zusammenarbeiten zwischen A. G. und A. N. in Frage und gefährden dadurch den Wirtschaftsfrieden. Der die Wiedereinstellung verweigernde A. G. handle gegenüber dem existenzlosen A. N. nicht nur unbillig und unsozial, sondern verstoße auf Grund des zwischen A. G. und A. N. bestehenden wirtschaftlichen Verbundenheitsgefühls vor allem gegen das Anstandsgefühl des billig und gerecht Denkenden und damit gegen das Gemeinwohl. Denn sei er mit der Politik seines Verbandes nicht einverstanden, so könne er sich seiner Wiedereinstellungsverpflichtung mit dem Autritt aus dem Verbande entziehen. Solange er ihm aber angehöre, bestehe für ihn diese Pflicht. Es sei nicht angängig, daß er die Vorteile des Friedensabkommens für sich in Anspruch nehme, die ihm lästigen Punkte jedoch nicht befolgen wolle.

Wenn auch § 826 BGB. Anwendung findet, ohne daß ein Verstoß gegen die Rechtsordnung vorzuliegen braucht[210], so sind trotzdem seine Voraussetzungen nicht gegeben.

Bei der ablehnenden Haltung des A. G., den A. N. wieder einzustellen, wird zwar Vorsatz und Schadenszufügung in der Regel zu bejahen sein, dagegen liegt in seinem ablehnenden Verhalten kein Verstoß gegen die guten Sitten[211]. Ein solcher ist nicht einseitig nach den Anschauungen einzelner Kreise, sondern nach dem allgemeinen Volksempfinden zu beurteilen[212].

210. So mit Recht Koch: J. W. 1922 S. 1734: „Es kann nicht die Rechtspflicht zu einer Leistung verneint und gleichzeitig die Unterlassung der Leistung zu einem Verstoß gegen die Rechtsordnung erklärt werden." Diese Begründung hält auch Nipperdey in A. R. 1924 Sp. 373 74 d für zutreffend. — Die Ablehnung des § 826 muß aber auch aus anderen Gesichtspunkten erfolgen, wie nachstehend ausgeführt wird.

211. Jacobi S. 199; Nipperdey Rechtspr. S. 77; Kahn-Freund S. 84; Schneider: Kaskel Hauptfr. S. 126; Michaelsen S. 74 unten; Hess S. 31; L. A. G. Görlitz vom 26. IV. 1928: Bensh. S. Bd. 3, II S. 191 92; R. A. G. vom 26. I. 1929: Bensh. S. Bd. 5, I, S. 193 ff., R. A. G. Bd. 3 S. 141 ff.; Hueck-Nipperdey Bd. 2. S. 85 Anm. 117.

212. Enneccerus Bd. I, 2 § 455: 3; Sinzheimer S. 2994.

Dabei ist auch vor allem die Auffassung der Arbeitgeberschaft zu berücksichtigen. Sie teilt gerade die allgemeinen Erwägungen der vorgetragenen Ansicht nicht.

Nach ihrer Meinung ist eine Schädigung des A. N. nicht als unzulässig und sittlich anstößig anzusehen, sofern sie trotz des Bewußtseins der Schädigung in Wahrnehmung eigener berechtigter Interessen erfolgt[213]. Da in fast allen Fällen[214] die Weigerung des A. G., den A. N. wieder einzustellen, mit der schlechten Wirtschaftslage des Betriebes begründet wird, so liegt hierin - vom Standpunkt des A.N. — ein verwerfliches Verhalten vor. Die A. G.-Kreise werden sich dieser Auffassung aber nur dann anschließen, wenn der betreffende A. G. aus unlauteren Beweggründen die Wiedereinstellung ablehnte und damit ein unlauteres Ziel erstreben wollte[215]. Den Nachweis hierfür wird der A. N. wohl kaum jemals führen können.

Die Grenzen der Sittenwidrigkeit sind schon nach bürgerlichem Recht schwer zu ziehen. Umsomehr sollte man es vermeiden, auf Grund allgemeiner Erwägungen diesen Begriff im Recht des Arbeitskampfes anzuwenden.

Arbeitskämpfe sind heutzutage eine Dauererscheinung im heutigen kapitalistischen Wirtschaftsleben und infolge der sozialistischen Gegenströmung unvermeidlich. Der wirtschaftliche Interessengegensatz zwischen A.G. und A.N. beruht unmittelbar nicht auf ethischen, sondern auf sozialen Gründen. Maßnahmen des A. G. gegen die A. N. sind wegen der Nachteile, die sich für

---

212. Enneccerus Bd. I, 2 § 455: 3; Sinzheimer S. 294.

213. Ebenso Lange: Schl. Wes. 1925 S. 11 R. Sp.; Schneider: Kask. Hauptfr. S. 126 letzter Abs., Enneccerus Bd. I, 2 § 453: 4 Anm. 11, R. G. Bd. 98 S. 71 ff., Bd. 101 S. 325 f.

214. In den Fällen, in denen der A. G. die Wiedereinstellung wegen der Person des A. N. ablehnt, vergl. die früheren Ausführungen auf S. 10/11 d. Abhdl.

215. Koch: J. W. 1922 S. 1734 hält diese Möglichkeit für wahrscheinlicher. Eine Verallgemeinerung eines besonders krassen Falles, der ausnahmsweise die Anwendung des § 826 BGB. rechtfertigt, würde aber den Tatsachen der Praxis nicht gerecht werden und zu einer Rechtsverwirrung führen.

diese ergeben, keineswegs ohne weiteres sittenwidrig. Déshalb ist trotz der Gefährdung des Wirtschaftsfriedens in der Verletzung der W. K. durch den A. G. auch keine Sittenwidrigkeit zu erblicken. Der Arbeitsfrieden ist durchaus kein Rechtsgut, dessen Störung als eine sittenwidrige Handlung aufzufassen ist. Selbst die A. N. sehen vielfach nicht im Wirtschaftsfrieden, sondern im Arbeitskampf ihr Ideal[216].

Der Begriff der Sittenwidrigkeit erweist sich also wegen Fehlens einer einheitlichen Anschauung gerade im Arbeitsrecht im allgemeinen als unbrauchbar. Deshalb muß die Anwendung des § 826 BGB. als „Allerwelthilfsmittel“[217] abgelehnt werden. Sie ist ein deutliches Zeichen dafür, wie verzweifelt man bemüht ist, dem A. N. aus der W. K. zu einem unmittelbaren Anspruch gegen seinen A. G. zu verhelfen[218].

Es ist noch besonders darauf hinzuweisen, daß dieser Anspruch selbst im Falle der Bejahung den sehr bedenklichen Nachteil hat, niemals die Wiedereinstellung herbeizuführen. Er begründet lediglich einen Schadensersatzanspruch auf Lohnausfall und gibt dem klagenden A. N. bei Rüge mangelnder Passivlegitimation seitens des A. G. die Einrede der Arglist. Der sozialpolitische Zweck ließe sich also auch in diesem Falle nicht verwirklichen!

In diesem Zusammenhang ist noch hervorzuheben, daß in einigen Fällen nicht wiedereingestellte A. N. versucht haben sollen[219], wegen der Nichtwiedereinstellung eine Entschädigung auf Grund des § 823 Abs. 2 zu erreichen. Hier soll die Weigerung zur Wiedereinstellung als eine unerlaubte Handlung betrachtet worden sein mit der Begründung, daß die W. K. als Friedensabkommen billigerweise ein Schutzgesetz darstelle. Da für den A. G. die sittliche Pflicht bestehe, die W. K. im Interesse der All-

216. So auch Kahn-Freund S. 84.
217. Nipperdey Rechtspr. S. 77 c.
218. Desgl. Erdel: Schl. Wes. 1926 S. 139 L. Sp.
219. So Schneider: Kask. Hauptfr. S. 126.
In der Literatur und Rechtsprechung sind diese Fälle jedoch nirgends zu finden.

gemeinheit zu erfüllen, so verstoße er bei Nichterfüllung dieser Pflicht gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

Das Abwegige dieser Begründung liegt auf der Hand. Die W. K. ist kein Gesetz, und somit ist auch von der Verletzung eines Schutzgesetzes keine Rede. In der Literatur hat man daher auch niemals einen derartigen Gedanken vertreten.

b) Die Vertretungstheorie.

Ein unmittelbarer Anspruch des A. N. wird ferner aus der sogenannten Vertretungstheorie[220] hergeleitet . Die W. K. sei nicht als tarifvertragliche, sondern als arbeitsvertragliche Bestimmung aufzufassen, die zwischen den einzelnen A. G. und A. N. durch die Verbände **als ihre Vertreter** abgeschlossen werde. Die Verbände als solche hätten dazu ohne weiteres die Einwilligung ihrer Mitglieder; das „bedarf keiner weiteren Erörterung[223]". Die herrschende Verbandstheorie gelte nur, soweit es sich um tarifvertragliche Abmachungen handle.

Der Versuch, je nach dem erwünschten Erfolge, der einen oder anderen Theorie den Vorzug zu geben, ist trotz eines manchmal nicht zu leugnenden Bedarfes unzulässig[224].

Die T. V.-Parteien geben ihre Willenserklärungen lediglich im **eigenen** Namen ab. Das wird besonders deutlich in den Fällen, in denen sich die Verbände verpflichten, auf ihre Mitglie-

---

220. Im Gegensatz zu der allgemein herrschenden Verbandstheorie, siehe S. 28 d. Abhdl.

221. Schiedsspr. d. Schiedsstelle Halle vom 31. X. 1923; Schl. Wes. 1924 S. 10 R. Sp.; G. G. Leipzig: Schl. Wes. 1924 S. 103 R. Sp.; Hueck T. R. S. 14, II, 1; anders richtig ebenda S. 23. - Weitere „Autoren", die mit dem Gedanken der Vertretungstheorie dem A. N. einen unmittelbaren Anspruch verschaffen wollen, sind unbekannt im Gegensatz zu Nipperdey Rechtspr. S. 74, der aber nähere Angaben unterläßt.

222. Damit ist offenbar der obligatorische Teil des T. V. gemeint, der den arbeitsvertraglichen Inhalt betrifft.

223. So der Schiedsspr. der Schiedsstelle Halle vom 31. X. 23: Schl. Wes. 1924 S. 11 L. Sp. oben.

224. So auch Kandeler: A. R. 1924 Sp. 366; Kahn-Freund S. 85.

der im Sinne der W. K. einzuwirken[225]. An dieser Feststellung darf nicht gerüttelt werden. Sollten aber die A. G. und A. N. — was praktisch nie der Fall sein wird — ihre Verbände tatsächlich bevollmächtigt und die Verbandsvertretererklärungen im Namen ihrer Mitglieder abgegeben haben, dann liegt zwar eine Verpflichtung der Mitglieder vor. Diese tritt aber stets nur neben den Verbandspflichten auf und würde eine unmittelbare Rechtswirkung niemals auf Grund der W. K., sondern auf Grund der erloschenen A. V. herbeiführen[226].

Die A. G.- wie die A. N.-Verbände denken jedoch niemals daran, im Namen ihrer Mitglieder zu handeln. Die einen wie die anderen wollen Träger des autonomen Arbeitsrechts sein, d. h. selbständig im eigenen Namen auftreten[227]. Ihre Aufgabe besteht ausschließlich in der selbständigen Wahrnehmung der Mitgliederinteressen. Mit dem Eintritt in den Verband haben die einzelen A. G. und A. N. diesen ihre Einwilligung dazu erteilt. Darin liegt jedoch keine Vollmacht, die aber erforderlich ist, um im eigenen Namen für einen anderen handeln zu können. Ferner kommt es bei der Wahrnehmung der Mitgliederinteressen nicht auf die Interessen einzelner Mitglieder an, sondern auf das Wohl aller in ihrer Gesamtheit. Nach der Vertretungstheorie müßte der Verband im Namen jedes einzelnen Mitgliedes handeln.

Diese Folgerung widerspricht schon insofern der Praxis, als der einzelne A. G. und A. N. vielfach einen ganz anderen Standpunkt verttritt als sein Verband und sich deshalb an die Verbandsbeschlüsse nicht hält. Dieser Zustand würde nicht eintreten, wenn der Verband als Vertreter jedes Mitgliedes auftreten würde. Eine Nichtbefolgung der W. K. durch den A. G. wäre dann eine Seltenheit, die früher[228] erwähnte Einwirkungspflicht des Ver-

---

225. S. 7 d. Abhdl.

226. Vergl. Jacobi S. 180, 199.

227. Die leitenden Verbandsführer werden sich aber immer über die Auffassung der einzelnen Mitglieder zu unterrichten haben, wenn sie erfolgreiche Arbeit leisten wollen. Andernfalls können sie durch die Verbandsversammlung abgesetzt werden — diese internen Vorgänge können jedoch nicht für die Vertretungstheorie herangezogen werden.

228. Siehe S. 29 ff. der Abhdl.

bandes wäre so gut wie überflüssig, und ein Schlichtungsverfahren, das sich ausschließlich auf Verbandsstreitigkeiten bezieht, wegen des Vertretungsverhältnisses zwischen dem Verband und seinen Mitgliedern völlig ausgeschlossen.

Gegen die Vertretungstheorie ließen sich noch weitere Gründe anführen. Im Rahmen dieser Abhandlung würde es aber zu weit führen, wenn sie alle aufgezählt werden sollten[229]. Die Vertretungstheorie ist und bleibt für immer in der arbeitsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung ein überwundener Standpunkt. Es ist deshalb verfehlt, den Gedanken dieser überlebten Theorie bei der Verwirklichung des Anspruchs auf Wiedereinstellung der A. N. anwenden zu wollen. Er würde nur dazu dienen, klare Begriffe zu verwirren[230]. Einwilligung wäre demnach dasselbe wie Vollmacht, und der Begriff des A. V. wird mit dem des T. V. planlos durcheinandergeworfen.

Man bedenke besonders die Folgen, die sich aus dem Gedanken der Vertretungstheorie für die W. K. ergeben würden. Die W. K. wäre dann ein Vorvertrag[231] zum A. V., der später daraufhin abgeschlossen werden muß. Dann hat aber die W. K. mit einem T. V. nichts mehr zu tun und „gehört nicht mehr in den T. V. hinein", wie das auch Nipperdey[232] sehr richtig folgert. Ein für verbindlich erklärter Schiedsspruch über die Wiedereinstellung wäre dann im Gegensatz zu der Ansicht der Praxis unmöglich,

229. Es sei deshalb auf die ausführlicheren Begründungen der h. M., die sich der Verbandstheorie angeschlossen hat, verwiesen. Besonders hervorzuheben sind die klaren Ausführungen Huecks R. T. V. S. 77 f.; Jacobi S. 180.

230. Nipperdey: A. R. 1924 Sp. 569/70 unten. Er führt die Vertretungstheorie und die Ansicht der Schiedsstelle Halle gesondert an und will damit wohl einen gewissen Unterschied kennzeichnen, obwohl er die Aehnlichkeit dieser mit der Vertretungstheorie nicht leugnet. Die Unterscheidung ist jedoch überflüssig, weil die Argumentation der Schiedsstelle ohne irgend einen Vorbehalt den Gedanken der Vertretungstheorie enthält.

231. So schon Lotmar Bd. 1 S. 760. Vergl. Anm. 89 auf S. 23 d. Abhdl., wo im Gegensatz zu hier die herrschende Verbandstheorie zu Grunde gelegt worden ist.

232. Nipperdey Rechtspr. S. 76.

denn das Schlichtungsverfahren dient nur dazu, einen T. V. zustande zu bringen.

c) Der Vertrag zu Lasten Dritter.

Beachtenswerter ist die Schaffung eines Vertrages zu Lasten Dritter, durch den man den Anspruch des A. N. auf Wiedereinstellung unmittelbar herbeigeführt wissen will.

Dieses Rechtsgebilde muß man sich als das Gegenstück des Vertrages zu Rechten Dritter (§ 328 BGB.) vorstellen. Bei diesem erhält der Dritte einen Anspruch, ohne daß er an dem Vertrage mitwirkt. Dementsprechend soll bei dem Vertrag zu Lasten Dritter der Dritte ohne seine Zustimmung verpflichtet werden, so daß an die Stelle des obligatorischen Anspruchs des Dritten eine obligatorische Verpflichtung zu Lasten eines Dritten tritt. Diese Vertragsform verfolgt den Zweck[233], daß der Schuldvertrag, der im eigenen Namen zwischen den Parteien abgeschlossen worden ist, die Wirkung haben soll, daß die Pflichten, die sich aus ihm ergeben, ein Dritter zu erfüllen hat, also Schuldner der gegnerischen Vertragspartei wird.

Nach dem geltenden Privatrecht ist es jedoch nicht möglich, daß jemand ohne oder gar gegen seinen Willen Schuldner eines zwischen anderen Parteien hergestellten Schuldverhältnisses wird. Deshalb gilt auch der Vertrag zu Lasten Dritter als eine unbekannte Rechtsfigur.[234] Trotzdem wird die Meinung vertreten[235],

233. Sinzheimer: J. W. 1924 S. 1009 deutet den Zweck deshalb anders, weil er den echten Vertrag zu Lasten Dritter ebenfalls nicht kennt. Nur aus diesem Gesichtspunkt heraus sind seine Ausführungen die gleichen und bedeuten keine Abweichung von dem ausgeführten Standpunkt.

234. Kaskel S. 47/48; Jacobi S. 199; Dersch S. 174; Sinzheimer A. N. Bd. 2 S. 161; Hueck R. T. V. S. 163; A. R. 1924 Sp. 437; Oertmann Gutachten S. 12/13; Nipperdey Rechtspr. S. 77; R. G. Bd. 111 S. 178; R. A. G. vom 26. I. 1929: Bensh. S. Bd. 5, I, S. 142, 202; Kandeler: A. R. 1924, Sp. 366, Abs. 2; Koch: J. W. 1922 S. 1734.

235. Schiedsstelle Halle: Schl. Wes. 1924 S. 10 R. Sp.; Höniger Bd. 5 S. 85; Schl. Aussch. Leipzig vom 17. III. 1924: Schl. Wes. 1924 S. 103; Riss: Soz. Prax. Bd. 35 S. 1180.

daß das heutige kollektivistische Arbeitsrecht gegenüber dem individuellen bürgerlichen Recht dieses Rechtsinstitut geschaffen habe.

Der Zweck eines jeden T. V. bestehe darin, im Interesse des Wirtschaftsfriedens nicht nur die rechtliche, sondern auch die tatsächliche Gleichheit zwischen A. G. und A. N. herbeizuführen. Dieser Zweck sei jedoch nur erreicht, wenn - wie es auch der Grundgedanke der T. V. V. O. sei — der T. V. in seiner Wirkung als ein Vertrag sowohl zu Gunsten als auch zu Lasten Dritter bewertet würde. Zur Verwirklichung dieses Zweckes seien ohne weiteres „die notwendigen Mittel, d. h. die Rechtsform, ebenfalls gegeben".

Das Institut des Vertrages zu Lasten Dritter wäre ferner aus dem Parteiwillen zu entnehmen, und zwar aus dem Gesichtspunkt der vom R. G.[236] anerkannten Verpflichtungsermächtigung, d. h. der Ermächtigung, den Ermächtigenden im eigenen Namen rechtsgeschäftlich zu verpflichten. Die Mitglieder der T. V.-Parteien hätten mit ihrem Eintritt in die Verbände, spätestens aber mit der Anerkennung ihrer Tarifberechtigung, diesen nicht nur die Berechtigung geben wollen, T. V. abzuschließen, sondern insbesondere auch die Befugnis, sie persönlich zu verpflichten.

Die Begründung für die Annahme eines Vertrages zu Lasten Dritter muß in jeder Hinsicht abgelehnt werden. Wohl ist es zutreffend, daß der T. V. gegen Dritte im Rahmen des normativen Teils wirkt, diese Tatsache darf aber nicht zu der Annahme führen, daß der Gesetzgeber einen Vertrag zu Lasten Dritter schaffen wollte. Wäre das seine Absicht gewesen, so hätte er sie entschieden deutlicher zum Ausdruck bringen müssen. Der Wortlaut des § 1 T. V. V. O. läßt jedoch keinen Zweifel darüber aufkommen, daß die Wirkung gegen Dritte sich ausschließlich auf die normativen Bestimmungen des T. V. bezieht. Er gibt eindeutig zu erkennen, daß diese Wirkung für den obligatorischen Teil des T. V. ausgeschlossen ist[237]. Er bestätigt damit gerade die Anschauung des Privatrechts, daß obligatorische Verträge ledig-

236. R. G. Bd. 80 S. 895 ff.
237. Desgl. Kahn-Freund S. 86.

lich die Vertragsparteien binden. Hätte der Gesetzgeber diesen Grundsatz im Recht des T. V. allgemein durchbrechen wollen, dann wäre die Zweiteilung des T. V. in einen obligatorischen und einen normativen Teil überflüssig gewesen. Da aber selbst die Verfechter des Vertrages zu Lasten Dritter die Zweiteilung des T. V. anerkennen[238], so ist ihre Ansicht, daß „der Zweck des T. V. die erforderlichen Mittel zu seiner Verwirklichung gäbe", wenig verständlich.

Selbst die Auffassung, daß in den normativen Bestimmungen ein Vertrag zu Lasten Dritter zu erblicken wäre, wäre unhaltbar. Wenn sich auch die normative Wirkung gegen Dritte richtet, indem sie den Inhalt des A. V. bei abweichender tarifrechtlicher Regelung zu Ungunsten des A. N. unabdingbar gestaltet und damit dem A. G. eine von ihm nicht erwünschte Belastung auferlegt[239], so beruht doch diese Wirkung nicht auf dem Vertragsinhalt, sondern auf dem vom Gesetzgeber geschaffenen Prinzip der Unabdingbarkeit. Sie ist nicht Ursache des A. V., sondern lediglich die Auslösung einer gesetzlichen Bestimmung.

Das Vorliegen einer Verpflichtungsermächtigung als weitere Begründung des Vertrages zu Lasten Dritter besteht ebenfalls nicht. Mit dem Eintritt in den Verband wollen die A. G. diesen nicht allgemein stillschweigend ermächtigen, sie zu belasten, sondern ihm nur die Befugnis erteilen, im eigenen Namen ihre Interessen gegenüber den A. N. und deren Verbänden wahrzunehmen. Wenn auch das R. G. selbst wiederholt ausgesprochen haben soll[240], daß derjenige, der sich einem Verbande anschließt, damit alle Verbindlichkeiten auf sich nimmt, die vom Verbande ein-

238. Der Unterschied zwischen dem normativen und dem obligatorischen Teil ist bisher von niemandem bestritten worden. Vgl. dazu S. 20/21 d. Abhdl.

239. z. B. der T. V. setzt einen Stundenlohn von 1,50 RM. fest. Wenn der A. G. aber mit dem A. N. nur einen Stundenlohn von 1,20 RM. vereinbart, so ist der im T. V. festgesetzte Stundenlohn unabdingbar, d. h. der A. G. muß trotz des von ihm mit dem A. N. vereinbarten Stundenlohnes von 1,20 RM. den tariflichen festgesetzten Lohn von 1,50 RM. zahlen.

240. So Riss: Soz. Prax. Bd. 35 Sp. 1180.

gegangen werden, so trifft diese Sachlage auf die A. G.-Verbände nicht zu. Aus den Umständen ist gerade mit Deutlichkeit zu entnehmen, daß ein stillschweigender Ermächtigungswille der A. G. nicht vorliegt. Glaubt man ihn jedoch auf Grund eines besonderen Sachverhalts annehmen zu können, so geht er doch auf keinen Fall so weit, daß die Verbände den A. G. in seinem Namen zu seinen Lasten verpflichten könnten.

Außerdem würde der Hinweis auf jene Entscheidung des R. G. niemals als ein Beweis für die Anerkennung eines echten Vertrages zu Lasten Dritter zu bewerten sein, weil das Haupterfordernis dieser Vertragsform, die Nichtbeteiligung des Dritten an dem Vertrage, fehlt. Im Falle der Verpflichtungsermächtigung handelt es sich jedoch um die Belastung eines Dritten mit dessen Zustimmung. Bei einem solchen Sachverhalt könnte nur von einem sogenannten unechten Vertrag zu Lasten Dritter die Rede sein.

Selbst wenn man aber von der Annahme ausginge, daß die A. G. und die A. N. freiwillig eine derartige Belastung anerkennen oder diese aus den Umständen zu entnehmen sei, so würde wieder die im Tarifrecht als abgetan geltende Vertretungstheorie zum Vorschein kommen[241], denn die Ermächtigung stellt nichts anderes als eine Art Vertretungsverhältnis dar. Der Vertrag zu Lasten Dritter ist deshalb schon aus diesem Grunde abzulehnen.

In diesem Zusammenhang ist noch auf die neuerdings von Sinzheimer[242] aufgeworfene Frage einzugehen, ob die sogenannte organisatorische Bindung[243] auch zu Gunsten Dritter wirkt und damit unmittelbar Rechte des einzelnen A. N. erzeugt. Diese Frage wünscht also Klarheit darüber, ob man neben dem Vertrage zu Gunsten Dritter (analog den §§ 328 ff. BGB) eine weitere Rechtsfigur, nämlich die Verbandsbindung zu Gunsten Dritter, anerkennen darf.

Eine Verbandsbindung zu Gunsten Dritter muß jedoch trotz der bestechenden Bezeichnung abgelehnt werden, weil die ana-

241. Ebenso Kandeler: A. R. 1924 Sp. 365 Abs. 2; Kahn-Freund S. 88.
242. Arb. Prax. 1928 S. 5 R. Sp.; J. W. 1929 S. 1510 L. Sp.
243. Vergl. S. 29 d. Abhdl.

loge Anwendung der §§ 328 ff. BGB auf diesen Begriff die Anerkennung eines Vertrages zu Lasten Dritter voraussetzt. Die aus dem Vertrage zu Rechten Dritter sich ergebende Drittberechtigung bezieht sich auf die vertragsmäßige Begründung einer Verpflichtung, welche die Vertragsparteien auch tatsächlich herbeiführen wollen. Die T. V.-Parteien schließen dagegen die T. V. nur in eigenem Namen ab, ohne ihre Mitglieder den Angehörigen des gegnerischen Verbandes gegenüber besonders zu verpflichten. Dazu bedurfte es, wie zuvor ausgeführt wurde, eines ausdrücklichen Ermächtigungsaktes, der damit dem Verbande die Fähigkeit absprechen würde, Träger des autonomen Arbeitsrechts zu sein. Die Prägung des Begriffes der Verbandsbindung zu Gunsten Dritter würde also nichts anderes bedeuten als die Anerkennung des bereits abgelehnten unechten Vertrages zu Lasten Dritter.

IV. Abschnitt.

Versuche, dem A. N. einen unmittelbaren Wiedereinstellungsanspruch gegen seinen A. G. nach künftigem Recht zu verschaffen.

§ 13. Die Stellungnahme im Entwurf zum Arbeitstarifgesetz.

Da die Lösungsversuche keine unmittelbare Verpflichtung des A. G. gegenüber seinem A. N. herbeiführen, so ist der sozialpolitische Zweck der W. K. nach geltendem Recht nicht zu erreichen. Dem nicht wieder eingestellten A. N. steht also lediglich ein Klagerecht gegen den A. G.-Verband auf Einwirkung auf sein hartnäckiges Mitglied zu. Wegen des recht zweifelhaften Erfolges einer solchen Klage ist es aber eine dringende Notwendigkeit, in der Tarifgesetzgebung das Innenverhältnis zwischen Verband und Mitgliedern zur Grundlage eines unmittelbaren Anspruchs zu

machen[244]. Eine stärkere Bindung der Verbandsmitglieder an die tariflichen Abmachungen muß erzielt werden, damit die Pflichten der T. V.-Parteien auch unmittelbare Pflichten der Verbandsangehörigen herbeiführen. Nur dann läßt sich der sozialpolitische Sinn der W. K. in die Tat umsetzen.

In der Tarifrechtswissenschaft sind verschiedene Wege zur Verwirklichung dieses Gedankens eingeschlagen worden.

Der Entwurf des Arbeitstarifgesetzes[245] versucht, dem gerügten Mangel dadurch abzuhelfen, daß er den Begriff „Tarifsatzung" ausdehnt[246]. Nach ihm gehören zur Tarifsatzung nicht nur die normativen Bestimmungen des T. V., sondern auch alle die Bestimmungen, die Pflichten enthalten, für deren Erfüllung die T. V.-Parteien zu sorgen haben[247]. Ihre im T. V. übernommenen Pflichten gehören also gleichfalls zum Inhalt der Tarifsatzung und werden somit, sofern es sich nicht um ausschließliche Verbandspflichten handelt, zu Pflichten der einzelnen Verbandsmitglieder.

Verletzt das Mitglied einer T. V.-Partei wissentlich eine der aus der Tarifsatzung sich ergebenden Pflichten, so kann gemäß § 17 des Entwurfs auf Veranlassung einer Vertragspartei, des Inhabers oder der Betriebsverttretung eines Unternehmens das Tarifgericht angerufen werden. Dieses hat dann auf Antrag die Möglichkeit, die Erfüllung einer Verpflichtung[248] durch eine Buße[249] zu erzwingen, die an die Gemeinde, in deren Bereich der Verstoß geschehen, abzuführen ist. Diese Buße kann mehrfach auferlegt werden, bis der tarifwidrige Zustand beseitigt wird.

Der Entwurf wählt demnach zur Erfüllung der organisatorischen Verbandspflichten[249] nicht den üblichen Weg einer Klage

244. Desgl. Sinzheimer S. 276/77.

245. Veröffentlicht i. R. A. Bl. 1921, allg. Teil, S. 491; ausgearbeitet vom Arbeitsausschuß für ein einheitliches Arbeitsrecht.

246. Vergl. die Begründung des Entwurfs: A. R. 1921 S. 100 R. Sp.

247. Vergl. § 10 des Entwurfs.

248. Für den A. G. bis zu 5000 G. M., für den A. N. bis zu 500 G. M. Für die T. V.-Parteien siehe die §§ 19/20 des Entwurfs.

249. Siehe S. 29 d. Abhdl.

auf Erfüllung oder Schadensersatz, sondern erblickt in der Anwendung einer Strafsanktion ein brauchbares Mittel zu ihrer Durchsetzung.

Da die W. K. nach der herrschenden Meinung zu den organisatorischen Verbandspflichten des T. V. gehört, so würde sie unter § 17 des Entwurfs fallen. Sie könnte somit durch Beugestrafen gegenüber dem widerspenstigen A. G. verwirklicht werden. Allerdings darf niemals der einzelne A. N. den Antrag auf Anwendung dieses Zwangsmittels stellen, denn der Entwurf führt die beschränkte Zahl der Antragsberechtigten ausdrücklich auf.

Dieser Lösungsversuch bedeutet für die Durchsetzung der organisatorischen Verbandspflichten einen nicht verkennbaren Fortschrittt. Bußen können hin und wieder als ein brauchbares Mittel zur Erzwingung nicht erfüllter Pflichten angesehen werden[250]. Es fragt sich nur, ob dieses vom Entwurf vorgesehene Zwangsmittel zur Verwirklichung der W. K. als eine Abschlußnorm des T. V. allseitig zufriedenstellt.

Das muß verneint werden. Der A. G. kann zwar infolge seines hartnäckigen Verhaltens durch Bußen solange zur Wiedereinstellung angehalten werden, bis er ihr nachkommt. Aber die Art, wie man zu diesen Erfolgen gelangt, muß als äußerst umständlich und unbefriedigend bezeichnet werden[251]. Umständlich ist dieser Weg schon insofern, als der nicht wiedereingestellte A. N. sich an seinen Verband oder an seine Betriebsvertretung wenden muß. Diese haben dann die Initiative zu ergreifen. Selbst wenn man dem widerspenstigen A. G. vom Tarifgericht eine Buße auferlegt, so ist damit die Wiedereinstellung noch nicht gesichert. Vielleicht muß dieser Weg mehrfach beschritten werden. Der Anspruch auf Wiedereinstellung kann also lange Zeit unerfüllt bleiben.

Der Vorschlag der Strafsanktion hat allerdings den Vorteil, daß das angerufene Tarifgericht in der Lage ist zu prüfen, ob dem

250. Kahn-Freund S. 110, Kandeler: Kask. Koal. S. 102.

251. Desgl. Nipperdey Beitr. S. 148; Kahn-Freund S. 112, 116; Schneider: Kask. Hauptfr. S. 124 Abs. 1.

A. G. eine Wiedereinstellung seines A. N. zuzumuten ist. Die Nichtzumutbarkeit der Wiedereinstellung müßte zur Ablehnung des Antrages auf Auferlegung einer Buße führen. Dieser einzige Vorzug reicht aber keineswegs aus, die vorerwähnten Mängel abzugelten. Der Vorschlag der Strafsanktion erreicht die Herstellung des tarifmäßigen Zustandes lediglich durch einen mittelbaren Druck auf die Mitglieder der T. V.-Parteien.

§ 14. Weitere Vorschläge der Wissenschaft.

Um dem Mangel an einem unmittelbaren Druckmittel abzuhelfen, sind behufs Erzwingung der den Tarifangeörigen obliegenden Pflichten von der Theorie noch andere Wege empfohlen worden. Der eine erreicht das Ziel durch Ausbau der normativen Bestimmungen des T. V., der andere durch die Schaffung des Vertrages zu Lasten Dritter.

Nipperdey[252], der Vertreter der einen Richtung, will die obligatorischen Bestimmungen des T. V. gesetzlich zu einem Vertrage zu Lasten Dritter ausgestalten. Damit würde dem mehrfach ausgesprochenen Bedürfnis Rechnung getragen werden, daß die Mitglieder der einen Vertragspartei unmittelbar den Mitgliedern der Gegenpartei zur Einhaltung der vereinbarten Bestimmungen verpflichtet sind. Er hält deshalb den Lösungsversuch des Entwurfs nicht für glücklich. Der Entwurf zeige deutlich, daß die Erfüllung der Verpflichtungen Dritter aus dem T. V. nur möglich sei, wenn die Tarifsatzung als objektives Recht aufgefaßt würde. Eine Erweiterung des Begriffes der Tarifsatzung sei jedoch dogmatisch nicht begründet und notwendig. Seine Ausdehnung auf obligatorische Bestimmungen würde den Charakter der Tarifsatzung als objektive Rechtsquelle nur verwischen. Die Erweiterung hätte ferner den Nachteil, daß verschiedene Normen zusammengefaßt würden, obwohl sie rechtlich getrennt beurteilt werden müßten. Der Entwurf bezwecke außerdem mit der Ausdehnung dieses Begriffes lediglich die Möglichkeit einer Strafsanktion, nicht aber eine „privatrechtliche Vollwirkung". Darin

252. Nipperdey Beitr. S. 141 ff., insbes. S. 150 f.

liege ein Mangel der gesetzestechnischen Durchführung des richtigen Grundgedankens, einen Tarifzwang auf die Mitglieder der T. V.-Parteien ausüben zu müssen.

Das berechtigte Ziel sei am besten durch Schaffung des zivilrechtlichen Begriffs eines Vertrages zu Lasten Dritter zu verwirklichen[253]. Dieser Vorschlag habe den Vorteil, den klaren Unterschied zwischen normativen und obligatorischen Bestimmungen nicht aufgeben zu müssen und trotzdem die Pflichten der Tarifangehörigen aus dem T. V. zu gewährleisten. Der besonderen Erläuterung dieser Vertragsform bedarf es nicht. Jedoch könne man letztere darin finden, daß die Parteien die Belastung ihrer Mitglieder wollen und mit dem Eintritt in den Verband generell irgend welchen Belastungen zustimmen[254]. Der verfehlten Anwendung des Begriffs der Stellvertretung brauche man sich dabei nicht zu bedienen, denn die vorgeschlagene Vertragsform enthalte die Vorteile der Kumulationstheorie[255]. Erst neben dem aus dem T. V. sich ergebenden Erfüllungsanspruch sei es zweckmäßig, die Buße als Tarifszwangsmittel zu verwenden.

Sinzheimer[256] drängt dagegen auf eine Beseitigung der „Vorherrschaft des obligatorischen Gedankens" und fordert unter Erweiterung und Ausbau der normativen Funktionen eine möglichst unbeschränkte Wirkung des T. V. als Rechtsquelle. Nach seiner Meinung habe es sich gezeigt, daß die Abschlußnormen, insbesondere die W. K., bei hartnäckiger Weigerung der Mitglieder der T. V.-Parteien nicht durchzusetzen seien. Deshalb sei man in der Praxis zu der Ueberzeugung gelangt, daß sie einer besonderen Regelung bedürfen, wenn sie ihrem Zweck gerecht werden sollen. Das sei aber nur zu erreichen, wenn die normative Wirkung des T. V. auf sie ausgedehnt würde und zwar derart, daß mit Inkrafttreten des Vertrages die A. V. als abgeschlossen gelten. Normen

253. Nipperdey Beitr. S. 195, § 18.

254. Nipperdey meint, obwohl er sich auch auf R. G. Bd. 80 S. 395 ff. beruft, in diesem Fall den echten Vertrag zu Lasten Dritter.

255. Diese Theorie vertritt die Auffassung, daß durch den Abschluß des T. V. sowohl die Verbände als auch ihre Mitglieder T. V.-Parteien sind.

256. J. W. 1924 S. 1009 R. Sp., 1010.

könnten nicht nur abstrakte, mittelbare, sondern auch konkrete, unmittelbare Verhältnisse begründen. Eine solche gesetzgeberische Maßnahme würde es ermöglichen, die einzelnen A. G. und A. N. unmittelbar den Tarifbestimmungen zu unterwerfen, die keine Arbeitsnormen darstellen. Die normative Wirkung des T. V. erschöpfe sich dann in den unmittelbaren vertraglichen Beziehungen zwischen den Mitgliedern der Vertragsparteien und bringe hinsichtlich ihrer Durchsetzung den erwünschten Erfolg, der gegenwärtig den Abschlußnormen nicht beschieden sei. Wenn der Abschluß eines T. V. den A. V. hervorbringt, so habe der nicht wieder eingestellte A. N. unmittelbar einen Klageanspruch aus dem A. V. Dieser Weg sei gegenüber der verwaltungsrechtlichen Regelung des Entwurfs einfacher und praktisch brauchbarer. Deshalb schlage er vor, daß zum § 14 des Entwurfs, der die normative Wirkung des T. V. behandelt, folgende gesetzliche Bestimmung als Absatz vorangestellt werde:

> „Ist in einer Tarifsatzung[257] die Verpflichtung zum Abschluß von A. V. zwischen tarifangehörigen A. G. und A. N. angeordnet, so gelten diese A. V. mit dem Inkrafttreten der Tarifsatzung als abgeschlossen."

Vergleicht man den Nipperdey'schen und den Sinzheimer'schen Vorschlag miteinander, so ist nicht zu bezweifeln, daß beide zu dem gewünschten Erfolg kommen müssen[258]. Der Nipperdey'sche Vorschlag führt indes auf einem umständlicheren Weg zur Verwirklichung des Anspruchs auf Wiedereinstellung aus der W. K. als der Sinzheimer'sche.

Klagt nach Nipperdey der Nichtwiedereingestellte gegen seinen A. G. auf Wiedereinstellung, so ist dieser bei weiterer Weigerung gemäß § 894 ZPO. zur Abgabe der erforderlichen Willenserklärung zu verurteilen[259]. Der A. V. käme somit zustande, und

257. Ueber den Begriff der Tarifsatzung siehe S. 75/76 d. Abhdl.

258. Sinzheimer: J. W. 1924 S. 1010 Anm. 1 gibt selber zu, daß der Nipperdey'sche Vorschlag „an sich" möglich ist, er aber den autonomischen Gedanken dem obligatorischen im Tarifrecht vorzieht. Ebenso Sinzheimer S. 277.

259. Vergl. S. 31 d. Abhdl. Dort handelt es sich aber um die Wiedereinstellungspflicht des A. G. gegenüber dem Verbande.

der A. N. könnte nunmehr erneut gegen den hartnäckigen A. G. auf Lohnzahlung klagen. Nach Sinzheimer sind jedoch die A. V. mit der Vereinbarung der W. K. als abgeschlossen zu betrachten. Der A. N. kann sofort aus dem A. V. auf Lohnzahlung klagen. Dieser Weg ist ohne Zweifel einfacher und führt schneller zum Ziel. Es wäre aber verkehrt anzunehmen, daß dem einen oder dem anderen Vorschlag der Vorzug zu geben sei. Beide Vorschläge weisen so erhebliche Mängel auf, daß sie abgelehnt werden müssen.

Die Nipperdey'schen Ausführungen haben den unverkennbaren Nachteil, daß sie zu den Anschauungen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerschaft in Widerspruch stehen. Diese Kreise verneinen gerade den Gedanken eines unmittelbaren Verpflichtungsverhältnisses zwischen den Angehörigen der T. V.-Parteien. Der Hinweis auf die Vorzüge der Kumulationstheorie ist irrig, denn auch aus ihr läßt sich der Gedanke der Stellvertretung nicht beseitigen. Vor allem soll man sich aber nur zu der Schaffung eines neuen Rechtsgebildes entschließen, wenn man sich keines anderen Ausweges bedienen kann. Das Recht soll systematisch aufgebaut, und seine Zusammenhänge klar zu erkennen sein. Die einzelnen Rechtsvorschriften sollen harmonisch ineinander greifen. Bei einer etwaigen Verwirklichung des Nipperdey'schen Vorschlages würde jedoch diesem Gedanken zuwider gehandelt, weil es noch Mittel und Wege gibt, eine unmittelbare Belastung Dritter aus den Abschlußnormen herbeizuführen, ohne sich der Konstruktion eines Vertrages zu Lasten Dritter bedienen zu müssen. Der Sinzheimer'sche Ratschlag zeigt deutlich, daß das Ziel auch auf anderem Wege erreicht werden kann.

Die Anregung Sinzheimers hat deshalb gegenüber der von Nipperdey den nicht zu leugnenden Vorteil der Klarheit und Einfachheit. Der Einwand von Kahn-Freund[260], daß zur Zeit des Abschlusses der W. K. noch nicht feststehe, zwischen welchen Personen die A. V. zustande kommen, trifft nicht zu. Denn da die Zahl der vom Arbeitskampf betroffenen Mitglieder der Ver-

260. a. a. O. S. 111 Anm. 182.

bände feststeht, so ist bei Abschluß der W. K. auch ersichtlich, zwischen wem die A. V. als abgeschlossen gelten. Sollte ein A. N. bereits anderweitig Arbeit gefunden haben — was selten vorkommen wird, — so bestehen keine Bedenken, ihm sowie seinem früheren A. G. ein Recht zur fristlosen Kündigung des infolge der W. K. abgeschlossenen A. V. zu geben.

Kandeler[261] ist aber durchaus zuzustimmen, daß die Anwendung des Sinzheimer'schen Vorschlages auf die W. K. einen Widerspruch zwischen ihrem Wortlaut und ihrer Wirkung enthält. Diese Feststellung darf aber nicht dazu führen, ihn nur aus diesem Grunde abzulehnen, denn er wird der heutigen, sozialen Frage gegenüber verständnisvolleren Zeit gerechter.

Der erwähnte Vorzug der Klarheit und Einfachheit vermag jedoch nicht einen Mangel zu beheben, der von Sinzheimer völlig übersehen wurde, nämlich den der Nichtberücksichtigung der Wirtschaftlichkeit des Betriebes.

Viele Betriebe würden durch den automatischen Abschluß der A. V. in ihrer weiteren wirtschaftlichen Existenz gefährdet. Die A G. müßten die vollen Löhne auch für die Zeit zahlen, in der es ihnen betriebstechnisch unmöglich ist,[262] alle A. N. wieder einzustellen. Da die Arbeitskräfte für die A. G. aber sowieso mit großen finanziellen Opfern verbunden sind, so dürfen ihnen nicht noch weitere Belastungen ohne wirtschaftliche Gegenleistungen zugemutet werden.

Die Sinzheimer'sche Anregung würde deshalb trotz ihres sonstigen Vorzuges auf entschiedenen Widerstand der Arbeitgeberschaft stoßen und kaum auf Annahme rechnen dürfen. Ein Gesetzesvorschlag muß den Auffassungen aller beteiligten Kreise gerecht werden!

§ 15. Ein eigener Vorschlag.

Der sozialpolitische Zweck der W. K. würde jedoch erreicht, wenn sich der soeben hervorgehobene Mangel des Sinzheimer'schen Vorschlages beseitigen ließe. Eine dahingehende Lösung ist

261. Kaskel Koal. S. 102.
262. Vergl. S. 10. d. Abhdl.

m. E. dadurch erreichbar, daß der von Sinzheimer vorgeschlagene § 14 Abs. 1 des Entwurfs noch folgenden Zusatz erhält: „es sei denn, daß den A. G. der Abschluß der A. V. nicht zuzumuten ist".

Der § 14 Abs. 1 des Entwurfs müßte demnach lauten:

„Ist in einer Tarifsatzung die Verpflichtung zum Abschluß von A. V. zwischen tarifangehörigen A. G. und A. N. angeordnet, so gelten diese A. V. mit dem Inkrafttreten der Tarifsatzung als abgeschlossen, es sei denn, daß den A. G. der Abschluß der A. V. nicht zuzumuten ist."

Der Vorschlag ist im Rahmen des Entwurfs des Arbeitstarifgesetzes verwertbar, ohne daß noch ein besonderes Gesetz über den Abschluß von A. V. nach Arbeitskämpfen erforderlich wäre. Der noch hinzugefügte Nebensatz läßt zweifelsfrei erkennen, daß die gesetzliche Vermutung, die A. V. gelten mit dem Inkrafttreten der W. K. als abgeschlossen, widerlegt werden kann. Er gibt die Möglichkeit, den im Hauptsatz ausgesprochenen Kontrahierungszwang unter bestimmten Voraussetzungen nachträglich zu verneinen.

Auf Grund der Feststellung, daß die A. V. als abgeschlossen gelten, wird der A. N. in die Lage versetzt, sofort eine Lohnklage gegen den die Wiedereinstellung verweigernden A. G. zu erheben. Die Einfachheit und Klarheit dieser gesetzgeberischen Maßnahme ist nicht zu bestreiten. Der vorgeschlagene Weg gibt fraglos die Möglichkeit, die Existenz des A. N. so schnell wie möglich zu sichern. Vor allem werden aber im Gegensatz zu Sinzheimer die Härten vermieden, die sich daraus für den A. G. ergeben könnten.

Liegen stichhaltige Gründe vor, die den A. G. zur Ablehnung der Wiedereinstellung veranlassen, so hat er nach diesem Vorschlag die Gelegenheit, sie dem Arbeitsgericht vorzutragen und Beweis für seine Behauptungen anzutreten. Er kann dadurch verhindern, die aus dem Hauptsatz sich ergebenden Härten über sich ergehen lassen zu müssen. Das Arbeitsgericht muß die von ihm geltend gemachten Einwendungen sorgfältig prüfen und darüber entscheiden, ob die Wiedereinstellung dem A. G. zumutbar ist. Ergibt die Beweisaufnahme, daß die Wiedereinstellung dem Arbeit-

geber aus wirtschaftlichen Gründen[263] oder infolge strafbarer Handlungen des A. N.[264] nicht zuzumuten ist, so hat dann durch das Arbeitsgericht die Feststellung zu erfolgen, daß der A. V. als nicht abgeschlossen anzusehen und damit die Lohnklage abzuweisen ist.

Man könnte einwenden, daß der A. G. bei dem Nachweis der Betriebseinschränkung oder der Rationalisierung dem Arbeitsgericht Unterlagen geben muß, die er wegen der Konkurrenzgefahr ungern preisgibt. Diese Möglichkeit läßt sich bei der Oeffentlichkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht nicht leugnen. Es wird aber Aufgabe des Arbeitsgerichts sein, die Beweisaufnahme im Interesse des A. G. so schonend wie möglich anzustellen und trotzdem seine Behauptungen gewissenhaft zu prüfen. Wird in dieser Art von Gerichts wegen verfahren, so wird das Vertrauen der Arbeitgeberschaft zu den Arbeitsgerichten gestärkt und der Wert der W. K. gehoben.

Die Verwirklichung des sozialpolitischen Zwecks der W. K. läßt sich m. E. durch diesen Vorschlag ohne Schwierigkeiten erreichen. Durch ihn wird sogar dem A. N. eine Klage auf Wiedereinstellung erspart. Er braucht bei der Weigerung seines A. G., ihn wieder einzustellen, lediglich eine Lohnklage gegen diesen anzustrengen[265].

Da nach dem vorgeschlagenen § 14 Abs. 1 des Entwurfs ihm der Anspruch auf Wiedereinstellung mit dem Inkrafttreten der W. K. zusteht, so kann er von diesem Tage ab seinen Lohn verlangen. Allerdings läuft er Gefahr, daß der A. V. vom Arbeitsgericht als nicht zustande gekommen erklärt und die Lohnklage abgewiesen wird. Diese gegebenenfalls für den A. N. ungünstige Entscheidung läßt sich nicht umgehen, wenn man den Interessen beider Vertragsteile eines A. V. gerecht werden will. Ergibt die Beweisaufnahme des Arbeitsgerichts, daß dem A. G. in einem späteren Zeitpunkt als dem Inkrafttreten der W. K., jedoch noch

263. Siehe S. 9 d. Abhdl.
264. Siehe S. 10/11 d. Abhdl.
265. Das ist schon auf S. 73 d. Abhdl. angedeutet worden.

während der Anhängigkeit des Rechtsstreits, die Wiedereinstellung des A. N. zuzumuten ist, so ist der Lohnklage teilweise stattzugeben.

Der eigene Vorschlag dürfte die Lösung des Versuchs, dem A. N. einen unmittelbaren Anspruch auf Wiedereinstellung gegen seinen A.G. zu verschaffen, herbeigeführt haben. Ein anderer gangbarer Weg wird sich schwer einschlagen lassen. Es wird niemand bezweifeln können, daß der A. N. nach meinem Vorschlag in kürzester Zeit in den Besitz der zum Leben erforderlichen Mittel gelangen kann, wenn dem A. G. die Wiedereinstellung zuzumuten ist. Will man einen gesunden Ausgleich der sozialen Gegensätze herbeiführen, so ist an dieser Bedingung festzuhalten. Der A. N. wird dadurch keinesfalls benachteiligt. Vielmehr wird er schon insofern durch den Vorschlag begünstigt, als der A. G. seine Weigerung, ihn nicht wiedereinzustellen, begründen muß und für die Gründe beweispflichtig ist.

Lebenslauf.

Am 28. Dezember 1904 wurde ich als Sohn des damaligen Stadtbauinspektors, Regierungsbaumeisters a. D., jetzigen Geheimen- und Oberregierungsrats Ernst Lampe und seiner Ehefrau Sophie, geb. Müller geboren. Ich bin evangelischen Bekenntnisses. Von meinem sechsten bis vierzehnten Lebensjahr besuchte ich die Körnerschule zu Berlin-Köpenick, alsdann die Oberrealschule in Berlin-Mariendorf, wo ich am 16. Februar 1923 die Reifeprüfung bestand. Von Ostern 1923 bis Ostern 1927 studierte ich Rechtswissenschaften an den Universitäten Berlin und Marburg. Am 28. August 1927 bestand ich am Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung und wurde am 18. Oktober des gleichen Jahres im Bezirk des Kammergerichts zum Referendar ernannt. Seitdem bin ich im Vorbereitungsdienst tätig. Die mündliche Doktorprüfung fand am 6. Februar 1930 statt.

Helmut Theodor Heinrich Lampe.